

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LE POUVOIR DE L'EMN EN FISCALITÉ INTERNATIONALE
PRINCIPE DE PLEINE CONCURRENCE ET TAXATION UNITAIRE : DEUX
SYSTÈMES, UNE MÊME PROBLÉMATIQUE

THÈSE
PRÉSENTÉE
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DU DOCTORAT DE SCIENCE POLITIQUE

PAR
ROBERT ROBILLARD

JANVIER 2015

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de cette thèse se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

À tous les amoureux de l'analyse multidisciplinaire,

REMERCIEMENTS

Cette thèse de doctorat est le fruit d'une réflexion tout d'abord politique, ensuite économique, fiscale et comptable que nous avons, en premier lieu, amorcée au cours de l'hiver 2003, dans les mois qui ont suivi notre embauche à titre d'économiste à l'administration fiscale canadienne. À cette époque, nous n'envisagions même pas une telle entreprise, l'achèvement d'un programme de doctorat. Mais au fil des années, notre pensée s'est lentement, mais sûrement, affinée au contact de nos collègues de travail, de nombreux contribuables et de leurs représentants, comptables et avocats. Des remerciements, assurément non anticipés, vont à ces différents acteurs qui ont contribué, sans le savoir, à notre réflexion.

Ceci dit, à quoi servirait l'exposé de la pensée s'il n'était pas reçu, compris et approprié par l'interlocuteur? Pas grand-chose évidemment. Nos étudiants méritent donc eux aussi des remerciements. Leurs réactions positives, presque toujours passionnées et fort allumées, sur nos propos ont influencé notre cheminement intellectuel. Elles ont assurément contribué à le rendre, si ce n'est pas plus clair, au minimum, un peu moins brouillon.

Nous remercions également notre directrice, madame Michèle Rioux, professeure au Département de science politique, dont les mots d'encouragement, les nombreuses corrections de tirs et les sages réflexions auront permis à cette entreprise d'aboutir. Il nous faut de plus souligner la contribution offerte par monsieur Pierre P. Tremblay, professeur au Département de science politique, qui nous aura permis d'emprunter

une direction féconde en termes de cadre analytique. Qu'il soit écrit que nous avons apprécié sa remarquable intégrité professionnelle. Enfin, monsieur Christian Deblock, professeur au Département de science politique, reçoit également nos sincères remerciements notamment pour ses critiques et observations judicieuses, lors de la présentation du projet de thèse. Elles ont contribué à grandement clarifier le traitement du sujet.

Cette thèse a par ailleurs été produite dans un contexte fort particulier. Bien que ce n'est pas l'endroit, ni le forum, pour élaborer sur ce sujet, qu'il soit néanmoins consigné que nous remercions chaleureusement les personnes, des hommes et des femmes, qui nous ont épaulés pendant ces nombreux mois difficiles.

Enfin, nos remerciements les plus importants s'adressent à notre conjointe, Maru. Son appui indéfectible ne fut rien de moins qu'exceptionnel pendant cette aventure. S'il est vrai que l'on ne s'engage pas dans un programme de doctorat sans effort, que l'on ne le finit pas, non plus, sans devoir faire d'importants sacrifices de temps, il n'en reste pas moins que, bien trop souvent, ce sont nos proches qui en soutiennent largement le prix. Ainsi, la vraie richesse, si elle existe réellement en ce monde, ne se mesure pas en dollars, euros ou en yens, mais bien en affection et en soutien inconditionnel de l'autre. Maru, je te dis donc : merci.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES FIGURES	vii
LISTE DES TABLEAUX	ix
RÉSUMÉ	x
 INTRODUCTION	 1
 CHAPITRE I	
QUESTION DE RECHERCHE ET MÉTHODE	7
1.1 Problématique : actualité et dimension théorique	7
1.2 Problématique : la solution actuellement proposée	22
1.3 La question de recherche	29
1.4 La méthode adoptée	31
1.5 Structure de l'argumentation	50
 CHAPITRE II	
LE POUVOIR EN FISCALITÉ INTERNATIONALE	54
2.1 Introduction	54
2.2 Les écoles de pensée en prix de transfert	56
2.3 Le pouvoir et l'autorité de l'État en fiscalité	61
2.4 Le pouvoir et l'autorité de l'EMN en fiscalité	74
2.5 Le pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale	96

2.6	Conclusion	124
-----	------------------	-----

CHAPITRE III

LE PRINCIPE DE PLEINE CONCURRENCE.....	125
--	-----

3.1	Introduction	125
3.2	Évolution historique.....	127
3.3	Définition moderne du principe de pleine concurrence	133
3.4	Les cinq facteurs de comparabilité.....	141
3.5	Les méthodes de prix de transfert	175
3.6	La recherche d'entités comparables	201
3.7	Conclusion	220

CHAPITRE IV

LA TAXATION UNITAIRE	223
----------------------------	-----

4.1	Introduction	223
4.2	L'entreprise unitaire	228
4.3	Le profit comptable consolidé.....	261
4.4	Les formules de partage de profits	276
4.5	Conclusion	354

CONCLUSION	356
------------------	-----

RÉFÉRENCES	395
------------------	-----

LISTE DES FIGURES

Figure	Page
2.1 Insertion d'une société écran	114
2.2 Insertion d'une société relais	118
2.3 Insertion d'une société relais	120
2.4 Pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale	123
3.1 Principe de pleine concurrence et taxation unitaire	126
3.2 Création de la société écran BERCO	156
3.3 Création de la société écran TURCO	157
3.4 Créations de LICHCO 1 et LICHCO 2	159
3.5 Création de VIERCO	163
3.6 Comparaison des activités de la société CANCO	164
3.7 Glaxo Canada et Adechsa	167
3.8 Impact direct sur le prix comparable de libre marché.....	181
3.9 Impacts indirects sur le prix comparable de libre marché.....	182
3.10 Distorsions du prix comparable de libre marché.....	184
3.11 Irving Oil	198
3.12 Comparable interne	204
3.13 Exemple d'approche déductive.....	212
3.14 Exemple d'approche additive.....	213
3.15 Intervalle de pleine concurrence	219
3.16 Pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale	221

4.1 Principe de pleine concurrence et taxation unitaire	228
4.2 L'entreprise unitaire CANCO-MEXCO	232
4.3 L'entreprise unitaire CANCO-MEXCO-BAHCO	242
4.4 Deux entreprises unitaires distinctes	243
4.5 Une ou plusieurs entreprises unitaires distinctes	248
4.6 L'EMN CANCO	256
4.7 Profit de CANCO-MEXCO-CHICO	268
4.8 Ventes et achat de tomates	292
4.9 Ventes orphelines en Australie	299
4.10 Ventes orphelines extérieures à l'entreprise unitaire	300
4.11 Salaires orphelins de CANCO	321
4.12 Biens corporels et incorporels	328
4.13 Création de la société écran TURCO	347
5.1 Principe de pleine concurrence et taxation unitaire	357
5.2 Pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale	361

LISTE DES TABLEAUX

Tableau	Page
1.1 États financiers – Principe de pleine concurrence.....	25
1.2 Planification agressive (comptabilité séparée).....	25
1.3 Comparaison de l'impôt payé	26
1.4 Taxation unitaire (comptabilité consolidée).....	28
3.1 Fonctions de CANCO et MEXCO.....	150
3.2 État du résultat net.....	185
3.3 État du résultat net partiel de MEXCO	191
3.4 État du résultat net de MEXCO, méthode du coût majoré.....	192
3.5 État du résultat net de MEXCO, méthode transactionnelle de la marge nette....	193
3.6 État du résultat net de la société écran VIERCO	196
3.7 Allocation des coûts de MEXCO (marge de profit de 2 %)	205
3.8 Allocation des coûts de MEXCO (marge de profit de 20 %)	207
4.1 États du résultat net de MEXCO et de CANCO	265
4.2 Consolidation de MEXCO et de CANCO	266
4.3 Impact des ventes orphelines sur le profit consolidé	301

RÉSUMÉ

Dans une société démocratique, l'un des principes fondamentaux du régime fiscal est cette faculté qu'accorde la loi au contribuable d'organiser ses activités commerciales de sorte que soit minimisée sa charge d'impôts à payer. Relativement à la fiscalité internationale, l'usage des prix de transfert facilite cet exercice à l'entreprise multinationale (EMN). L'application du principe de pleine concurrence, méthode de détermination reconnue mondialement pour l'établissement d'un prix de transfert, est néanmoins perçue comme un facteur qui intensifie significativement l'inadéquation observée, et régulièrement dénoncée, entre les objectifs poursuivis par l'État, en matière de politique fiscale, et les résultats obtenus, exprimés en recettes fiscales. En fiscalité internationale, de nombreux travaux de recherche proposent dès lors la mise en œuvre de la taxation unitaire, un mode d'imposition alternatif au principe de pleine concurrence, pour mettre un terme à cette inadéquation. Dans un premier temps, la thèse met en comparaison les éléments constitutifs du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire pour, dans un deuxième temps, analyser le comportement de l'EMN dans chacun de ces systèmes de fiscalité internationale. Démonstration probante est faite que le régime d'imposition des sociétés par actions demeure impuissant à contrer le comportement de l'EMN, que le système actuel soit maintenu ou raffiné ou encore qu'un système alternatif fondé sur la taxation unitaire soit mis en place en fiscalité internationale. Cela s'explique par les diverses stratégies utilisées par l'EMN, d'une part, dans le cadre de sa relation avec l'État et, d'autre part, en mettant parfois fin unilatéralement à cette relation. L'ensemble de ces stratégies constitue le pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale, un concept développé dans la thèse. Ce n'est qu'au prix d'une réforme substantielle de l'impôt sur le revenu, vraisemblablement dans son ensemble, que l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État sera résolue.

Mots-clés : Prix de transfert, fiscalité internationale, principe de pleine concurrence, taxation unitaire, formule de partage de profits, pouvoir de l'EMN.

INTRODUCTION

Depuis la Deuxième Guerre mondiale, le commerce international n'a cessé de croître. ¹ On parle généralement de « mondialisation », « d'internationalisation » ou même de « globalisation ». ² Au sujet de la « mondialisation », D'Agostino (2008) écrit :

« [...] « Internationalisation » et « mondialisation » sont des termes considérés fréquemment comme des synonymes. Toutefois, pour de nombreux auteurs, la mondialisation constitue une véritable mutation. Pour Jacques Adda (*La Mondialisation de l'économie*, 2006), elle relève d'une logique spécifique qui la différencie de l'internationalisation : la mondialisation, c'est-à-dire « l'intégration croissante des parties constituant le tout de l'économie mondiale, donne à celle-ci une dynamique propre, échappant de plus en plus au contrôle des États et portant

¹ La thèse de doctorat est un prolongement direct du projet de thèse du programme de doctorat en science politique. Elle est aussi le fruit résultant de l'ensemble du programme de doctorat qui vise, notamment, à développer la rigueur scientifique de la pensée intellectuelle chez le candidat. Les objectifs exprimés au guide du programme de doctorat en science politique (3555) sont explicites à cet effet. De plus, le guide indique, en ce qui a trait au cours *POL 9900 Proposition de thèse* : « Ce texte doit exposer la problématique de la thèse, la méthodologie appropriée, une évaluation critique des principaux auteurs de la bibliographie en rapport avec le sujet ainsi que des éléments préliminaires d'analyse. » Dès lors, il ne faut donc pas s'étonner du fait que certains passages de la thèse reprendront ce qui a été présenté et exprimé au projet de thèse. Il ne pourrait en être autrement. Autre exemple, relativement au cours *POL 9750 Séminaire de lectures dirigées*, il est, lui aussi, explicitement envisagé comme une étape préparatoire à la thèse. Le guide indique à ce sujet : « Ce séminaire [POL 9750] a pour objectif de permettre aux étudiants de soumettre un programme de lecture leur permettant d'approfondir la littérature théorique relative au domaine de leur sujet de recherche. » Ce « programme de lecture » a mené à la production d'un texte, soumis à l'évaluation, dont quelques éléments se sont, bien sûr, également avérés pertinents lors de la rédaction de la thèse, tout ceci dans la continuité de la démarche intellectuelle proposée par ce séminaire et l'ensemble du programme de doctorat.

² Tout au long de ce texte, sauf mention contraire, la mise entre guillemets de termes ne signifie pas forcément que nous faisons appel à une source tierce; elle vise simplement à attirer l'attention du lecteur.

atteinte aux attributs essentiels de leur souveraineté, tels le contrôle monétaire et la gestion des finances publiques ». » (p. 7). ³

La mondialisation est par ailleurs :

« un phénomène complexe multidimensionnel en ce sens qu'il n'est pas limité à la seule dimension des échanges de biens et services, mais qu'il doit englober aussi, d'une part celle de la circulation des capitaux financiers qui est gérée par les banques et les investisseurs institutionnels et, d'autre part, celle du capital productif à travers les délocalisations et les investissements directs opérés par les firmes multinationales. » (Michalet 2005, p. 38).

Caractéristique importante de ce phénomène de mondialisation économique moderne, l'entreprise multinationale (l'EMN ailleurs dans ce texte), un groupe corporatif international composé de plusieurs sociétés par actions, occupe effectivement une place de plus en plus prédominante dans tous les pays, sur tous les continents. ⁴ Conséquence fiscale de la montée contemporaine de l'EMN, la spécialité comptable du prix de transfert, que l'on définit comme le prix d'une transaction intragroupe ou intra entreprise, a ainsi connu une croissance fulgurante depuis le début des années 1980.

Des organisations internationales telles que l'Organisation de coopération et de développement économiques (l'OCDE) et l'Organisation des Nations Unies (l'ONU), de même que l'ensemble des États, autant en Asie, Europe, Afrique qu'en Amérique, ont tour à tour développé, peaufiné ou complexifié leurs lois, réglementations ou codes administratifs fiscaux respectifs afin de s'adapter à cette nouvelle réalité et,

³ La référence complète incluse à la citation est : Adda, Jacques, 2006, *La mondialisation de l'économie*, Éditions La découverte, Paris.

⁴ Ce qu'est plus précisément une EMN sera défini au deuxième chapitre. Li (2002) écrit : « [...] the top 350 MNEs own about one-sixth of the world's productive assets ». (p. 826, tel que relaté par United Nations, 1996, *World Investment Report 1996*, New York, p. 1).

autant que se peut, dans le cas des États souverains, afin de favoriser la protection de l'intégrité de leurs assiettes fiscales respectives.⁵

La fiscalité internationale, prise dans son sens le plus large, peut se concevoir sur les plans « domestique » et « international ». ⁶ Au plan domestique, la *Loi de l'impôt sur le revenu* canadienne (la LIR ailleurs dans ce texte) inclut une série de dispositions législatives encadrant divers aspects de la fiscalité internationale. ⁷ Au plan international, le Canada est signataire de nombreuses conventions fiscales bilatérales dont les provisions ont force de loi au Canada. ⁸ Depuis la mise en place officielle par l'OCDE du *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE* en 1963, convention reprise par le Canada et plus de 100 autres pays, la plupart des États de la communauté internationale ont ainsi en main un outil permettant de gérer efficacement les cas de double taxation et de lutter contre

⁵ Comme l'explique les *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* au paragraphe 12 : « Si les prix de transfert sont importants aussi bien pour les contribuables que pour les administrations fiscales, c'est parce qu'ils déterminent, dans une large mesure, la répartition des revenus et des dépenses et, par conséquent, des bénéfices imposables entre les entreprises associées relevant d'autorités fiscales différentes. »

⁶ Sur la notion « international », Kobrin (2002) précise ; « [...] it is a modern concept which was not relevant before the emergence of territoriality defined nation-states and national markets. » Dans le cas d'une économie globale, « [a]n international economy links discrete, mutually exclusive, geographic national markets through crossborder flows of trade and investment. » Enfin, « An international economy is unambiguously modern; it involves relations between sovereign units of the Westphalian state system and hierarchically structured, often vertically integrated, discrete economic actors. It is profoundly geographic in that borders of states and markets delineate its constituent components. » (p. 45). [*Italiques dans le texte*]. Il suggère également : « The Oxford English Dictionary attributes its first use to Bentham in 1780 in a discussion of international jurisprudence, in which he explicitly states that the word is a new one. » (note #14, p. 69).

⁷ *Loi de l'impôt sur le revenu, LRC 1985, ch. 1 (5e suppl.)*, disponible en ligne à <http://www.canlii.org>. Par exemple, l'article 2 (résidence fiscale), les articles 90 à 95 (revenu étranger accumulé tiré de biens), l'article 126 (crédit d'impôt étranger), l'article 233.1 (production d'information) et l'article 247 (prix de transfert), sur lesquels nous reviendrons plus loin, concernent tous et chacun la fiscalité internationale d'un point de vue canadien.

⁸ Dans le cas des États-Unis, par exemple, en vertu de la *Loi de 1984 sur la convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, L.C. 1984, ch. 20*, sanctionnée le 28 juin 1984. Cette loi prévoit au paragraphe 3(1) que la « [c]onvention est approuvée et a force de loi au Canada pendant la durée de validité prévue par son dispositif. » Le paragraphe 3(2) précise que les « [...] dispositions de la présente loi et la Convention l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi. »

l'évitement fiscal des particuliers et des sociétés par actions.⁹ Eden (1998) fait référence à l'existence d'un « régime de fiscalité internationale ». ¹⁰ En parallèle, il existe également des initiatives régionales, tel que le relate Jogarajan (2011). ¹¹

Ces lois fiscales domestiques, ces conventions fiscales bilatérales et ces initiatives régionales forment un tout relativement cohérent : le système de la fiscalité internationale dans lequel s'insère ce qu'Eden (1998) qualifie de « régime de prix de transfert ». ¹² Dans ce que nous désignons plutôt de système de la fiscalité internationale, se retrouve le « principe de pleine concurrence ». Ce principe a initialement été adopté par les États-Unis dans les années trente. Il fut incorporé formellement par le Canada au début des années 1950 dans la LIR aux paragraphes

⁹ Le Canada, à titre d'exemple, en a signé 90 à ce jour. Rares sont les critiques qui remettent en cause l'utilité technique de cet outil. Pour une liste à jour, voir : http://www.fin.gc.ca/treaties-conventions/cndtxtreat_fra.asp. Pour des opinions dissidentes sur l'utilité et la pertinence des conventions fiscales bilatérales, voir Owens (1963) et Dagan (2000).

¹⁰ Elle écrit : « We do see a structure to the international tax system that has the characteristics of an international regime, with regime supporters, underlying principles, an international organization at its centre, and so on. [...] In the absence of this structure, the system would most likely rapidly degenerate into wholesale international tax competition, [...] » (pp. 102-103).

¹¹ Par exemple la *South Asian Association for Regional Cooperation* qui a élaboré sa propre convention multilatérale intitulée « Limited Multilateral Agreement on Avoidance of Double Taxation and Mutual Administrative Assistance in Tax Matters ». Cette convention regroupe le Bangladesh, le Bhoutan, l'Inde, la République de Maldives, le Népal, le Pakistan et le Sri Lanka. Aussi, la convention multilatérale entre les membres de la *Communauté est-africaine* qui regroupe le Kenya, la Tanzanie et l'Ouganda publiée en 1997 mais n'ayant pas force de loi à ce jour. Également, la convention multilatérale entre les États de la *Communauté des Caraïbes* (la Caricom) initialement créé en 1973 et révisé en 1994. La Caricom se compose principalement de paradis fiscaux : les Bahamas, Haïti, la Grenade, Trinidad et Tobago, Belize, Sainte-Lucie, les Bermudes et d'autres États membres, associés ou observateurs (dont le Mexique et Porto Rico). Ensuite, la *Décision 578 de la Communauté des Andes* qui constitue une convention multilatérale regroupant la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, le Pérou et le Venezuela. Enfin, le *Nordic Tax Treaty* qui regroupe le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède.

¹² Elle écrit : « Nested within the international tax regime is the international tax transfer pricing (TTP) regime, centred around the international norm of the arm's length standard. » (p. 103). Bien qu'il ne soit pas requis à la suite de notre exposé, mentionnons que le concept de « régime » est emprunté à la science politique où plusieurs auteurs en théorie des relations internationales ont réfléchi sur cette notion. Dans certains cas, pour en expliquer et en défendre les avantages (Young (1989), Keohane (1984/2005), Keohane (1982) et Keohane et Nye (1977/2001)); dans d'autres cas, pour en questionner certains aspects (Gilpin (2001), Keeley (1990) et Krasner (1982)). Milner (1992) présente un point de vue critique des conditions requises à la coopération, menant à l'existence d'un régime, et relativement aux travaux associés à ce sujet.

17(3) et 17(4)¹³ et plus tard formalisé dans le système de la fiscalité internationale par l'OCDE dans les années 1960. Le principe de pleine concurrence est la pierre angulaire des conventions fiscales bilatérales. Celles-ci sont utilisées pour l'appliquer en fiscalité internationale.¹⁴ La définition moderne du principe de pleine concurrence est énoncée au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention modèle de l'OCDE. Elle se lit comme suit :

« [Lorsque] deux entreprises [ayant un lien de dépendance] sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises [n'ayant aucun lien de dépendance], les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence. »

Le principe de pleine concurrence est donc défini sur la base de l'utilisation d'une « comptabilité séparée » pour chacune des sociétés par actions participant à une transaction contrôlée par opposition à une « comptabilité consolidée » où les opérations intragroupes entre sociétés par actions sont éliminées.

Le principe de pleine concurrence est mis en œuvre par la comparaison de la transaction contrôlée avec une transaction, dite comparable, effectuée sur un marché libre entre des parties indépendantes l'une de l'autre. Le paragraphe 1.6 des *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* (les Principes de l'OCDE ailleurs dans ce texte) explique :

¹³ *Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C (1952), ch. 148*, maintenant abrogée.

¹⁴ Au plan historique, les conventions fiscales modernes trouvent leurs origines dans le développement du commerce international moderne, par le biais de l'EMN, que l'on peut situer aux alentours de la Première Guerre mondiale. C'est en effet à cette époque que la Société des Nations commence à s'intéresser à la question de la double taxation en ce qui a trait aux EMNs. Nous reviendrons plus loin sur les causes historiques de cet intérêt.

« [qu'en] procédant de cette manière, on met l'accent sur la nature des transactions entre les membres du groupe multinational et sur le fait de savoir si les conditions de ces transactions contrôlées diffèrent de celles qui seraient obtenues pour des transactions comparables sur le marché libre. Cette analyse des transactions contrôlées et des transactions sur le marché libre, appelée « analyse de comparabilité », est au cœur de l'application du principe de pleine concurrence. »

Le principe de pleine concurrence jouit ainsi, en ce milieu de deuxième décennie du XXI^e siècle, d'une acceptation presque unanime par la communauté internationale dans la pratique de la fiscalité internationale, en particulier du prix de transfert.¹⁵

¹⁵ La préface de l'édition 2010 des Principes de l'OCDE explique aux paragraphes 5 et 6 : « 5. [...] Les pays membres de l'OCDE ont opté pour cette approche de l'entité distincte parce qu'elle constitue le moyen le plus raisonnable de parvenir à des résultats équitables et de réduire le risque de non-élimination de la double imposition. Par conséquent, chaque membre du groupe individuellement est imposé sur les revenus qu'il réalise (sur le fondement de la résidence ou de la source). [...] 6. Pour appliquer l'approche de l'entité distincte aux transactions internes au groupe, il faut imposer les différents membres du groupe en partant de l'idée qu'ils opèrent en pleine concurrence dans leurs transactions internes au groupe. »

CHAPITRE I

QUESTION DE RECHERCHE ET MÉTHODE

1.1 Problématique : actualité et dimension théorique

1.1.1 Le prix de transfert dans l'actualité

L'adoption quasi unanime d'un principe n'implique pas pour autant que celui-ci soit sans faille. Apple, Google, Amazon, GE, pour en nommer quelques-unes, sont au nombre des EMNs qui se sont récemment retrouvées à la une de l'actualité pour leurs pratiques fiscales, selon plusieurs, « questionnables », selon d'autres, « efficaces ». Par exemple, on apprend que la déclaration de revenus américaine de la société GE en 2010 tenait sur pas moins de 57 000 pages en plus de résulter en un impôt net à payer nul sur un profit mondial avoisinant les 14 milliards de dollars.¹ La société Amazon est actuellement en litige pour un montant atteignant 1,5 milliard de dollars d'impôts apparemment impayés suite à l'exécution de diverses manœuvres de prix de

¹ McCormack, John, 2011, « GE Filed 57,000-Page Tax Return, Paid No Taxes on \$14 Billion in Profits », The Weekly Standard, 17 novembre 2011, http://www.weeklystandard.com/blogs/ge-filed-57000-page-tax-return-paid-no-taxes-14-billion-profits_609137.html (consulté le 6 décembre 2013).

transfert.² La société Google est accusée d'avoir « abusé » du système de fiscalité internationale en place.³ La société Apple est pointée du doigt pour un évitement fiscal allégué.⁴ Ce ne sont là que quelques exemples parmi plusieurs autres.⁵

Il y a aussi le « Offshore Leaks » qui a fait beaucoup de bruit au printemps 2013 au Canada alors que l'on apprenait que 450 contribuables canadiens possèdent des comptes bancaires dans des paradis fiscaux, grâce aux services gracieusement offerts par les grandes banques canadiennes.⁶ Cette recrudescence de l'intérêt médiatique pour l'EMN et l'organisation de ses activités commerciales ainsi que les possibilités offertes par les paradis fiscaux n'est pas simplement anecdotique. Elle met en fait à jour le rôle, souvent occulte, que jouent les paradis fiscaux en fiscalité internationale et dans les pratiques usuelles de prix de transfert de l'EMN.

² Bergin, Tom, 2012, « Special Report : Amazon's Billion-Dollar Tax Shield », Reuters, 6 décembre 2012, <http://www.reuters.com/article/2012/12/06/us-tax-amazon-idUSBRE8B50AR20121206> (consulté le 6 décembre 2013).

³ Drucker, Jesse, 2011, « Biggest Tax Avoiders Win Most Gaming \$1 Trillion U.S. Tax Break », Bloomberg, 28 juin 2011, <http://www.bloomberg.com/news/2011-06-28/biggest-tax-avoiders-win-most-gaming-1-trillion-u-s-tax-break.html> (consulté le 6 décembre 2013).

⁴ Klinger, Scott, 2012, « The Real Genius of Apple : Tax Avoidance », The Baltimore Sun, 9 avril 2012, http://articles.baltimoresun.com/2012-04-09/news/bs-ed-apple-taxes-20120409_1_tax-avoidance-apple-tax-bill (consulté le 6 décembre 2013).

⁵ Voir, Drucker, Jesse, 2010, « U.S. Companies Dodge \$60 Billion in Taxes With Global Odyssey », Bloomberg, 13 mai 2010, <http://www.bloomberg.com/news/2010-05-13/american-companies-dodge-60-billion-in-taxes-even-tea-party-would-condemn.html> et Sikka, Prem, 2009, « Shifting Profits Across Borders », The Guardian, 12 février 2009, <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2009/feb/11/taxavoidance-tax> (tous deux consultés le 6 décembre 2013).

⁶ Voir à cet effet, le site Internet du Consortium international des journalistes d'enquête, <http://www.icij.org/offshore> et, à titre d'exemple, les articles suivants : Dubuc, André, 2013, « Offshore Leaks : les enquêteurs aux abois », La Presse, 5 avril 2013 <http://affaires.lapresse.ca/economie/international/201304/05/01-4637804-offshore-leaks-les-enqueteurs-du-fisc-aux-abois.php>; Vailles, Francis, 2013, « Le banquier suisse, la chambre d'hôtel et le fisc », La Presse, 5 avril 2013, http://affaires.lapresse.ca/opinions/chroniques/francis-vailles/201304/05/01-4637795-le-banquier-suisse-la-chambre-dhotel-et-le-fisc.php?utm_categorieinterne=traficdrivers&utm_contenuinterne=cyberpresse_B40_chroniques_379112_accueil_POS1 (tous consultés le 6 décembre 2013).

1.1.2 Les paradis fiscaux en prix de transfert

Pour les chercheurs, cela n'est pas une surprise. Dans les milieux académiques et gouvernementaux, Klassen, Lang et Wolfson (1993), Hines et Rice (1994), Jacob (1996), Hines (1996) et (1999), Clausing (1998) et (2003), McDonald (1998), Grubert (1998), (2000) et (2003), ainsi que Mintz et Smart (2004) montrent empiriquement que les paradis fiscaux sont couramment utilisés par l'EMN afin de minimiser l'impôt à payer.⁷

Emmanuel et Oyelere (1998) et Emmanuel (1999) analysent également ce phénomène. Emmanuel (1999) présente un exemple fictif à l'aide d'un système fermé de fiscalité composé des États-Unis, de Taiwan et de la Grèce. Taiwan fait office de paradis fiscal dans ce système. Les taux d'imposition des sociétés par actions ainsi que les taxes d'accise, l'impôt retenu à la source pour les non-résidents et les crédits d'impôt étrangers en place en 1995-1996 sont utilisés afin d'illustrer l'avantage de la planification fiscale pour une EMN œuvrant dans ces trois juridictions.⁸ Outre les taux d'imposition statutaires divergents, les taux prévus par le biais d'une loi fiscale, qui invitent évidemment à la planification fiscale afin de payer moins d'impôts, l'étude expose que des méthodes d'imposition différentes peuvent aussi occasionner

⁷ En science politique, Bernard (1992) qualifie ce phénomène de la « fuite devant l'impôt » :

« La fuite devant l'impôt, qu'elle s'opère selon des moyens légaux ou, au contraire, au mépris de la loi, impose en définitive une limite majeure aux capacités des pouvoirs publics de lever des impôts. Si leur fardeau fiscal leur paraît excessif, les contribuables tentent en effet d'échapper à l'impôt, d'abord par des moyens passifs (en évitant de s'engager dans des activités ou des transactions qui leur imposeraient un fardeau fiscal supérieur au fardeau inéluctable), puis par des moyens actifs (en négociant avec d'autres contribuables des accords permettant d'échanger des biens et des services à l'insu du fisc, ou encore en cachant au fisc l'information qui lui permettrait d'établir leurs cotisations fiscales). » (p. 120).

⁸ En termes simples, la planification fiscale consiste à minimiser la charge d'impôts à payer. La taxe d'accise s'applique sur les importations; l'impôt retenu à la source pour les non-résidents a pour fonction d'imposer les sommes qui sortent du pays; les crédits d'impôt étrangers ont pour rôle d'éviter l'imposition d'une même source de revenu d'un contribuable dans deux pays (ce que l'on nomme la « double imposition »). Nous reviendrons sur l'ensemble de ces termes plus loin au cours de notre exposé.

des opportunités significatives de planifications fiscales.⁹ Au plan théorique, le rôle fondamental d'un ou de plusieurs paradis fiscaux dans l'élaboration d'une planification fiscale n'est donc plus remis en question. La planification fiscale s'avère nécessaire pour maximiser le profit de l'entreprise.¹⁰

Ce procédé conduit par l'EMN, la planification fiscale, entraînerait cependant une « concurrence fiscale » entre les États. Définie simplement, la concurrence fiscale consiste en la compétition, généralement considérée négative, entre deux États qui tentent d'attirer les investissements directs étrangers d'une EMN par le biais de subventions ou de congés d'impôts. Elle est la manifestation d'une rivalité entre les États sur le marché des investissements directs étrangers. Certains chercheurs s'interrogent sur les conséquences de cette concurrence fiscale au plan théorique, d'autres sur sa pertinence dans l'élaboration des politiques publiques et ses effets sur la société civile.¹¹

Au plan théorique, McIntyre (1993), Eden et Kudrle (2005) et Deblock et Rioux (2008) offrent d'excellents aperçus des trois critères théoriques utiles à l'analyse du problème de la concurrence fiscale; ce sont la « neutralité à l'entrée », la « neutralité à la sortie » et la « neutralité nationale ». ¹² Wilson (1999) ainsi que Wilson et Janeba

⁹ Par exemple, on peut envisager un impôt des sociétés par actions sur les bénéfices mondiaux ou uniquement sur les bénéfices domestiques ou encore selon les sources de revenus tels que les revenus tirés d'une entreprise ou provenant de placements. L'Étude montre que chacune de ces options, en termes d'imposition, entraînera un déplacement des revenus, types de revenus ou bénéfices de l'entreprise à l'aide des prix de transfert dans le but de minimiser la charge d'impôts à payer dans un pays ou groupe de pays.

¹⁰ Voir Bartelsman et Beetsma (2000) ainsi que Bernard, Jensen et Schott (2006) pour plus de détails sur cet aspect spécifique. Nous y reviendrons également lors de la présentation de notre cadre théorique.

¹¹ Il serait également possible d'envisager la concurrence fiscale dans l'optique, beaucoup plus vaste, de la concurrence entre les systèmes juridiques nationaux desquels émanent effectivement les règles fiscales. Pour une introduction, voir Salah Matoussi Mohamed, 2001, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux », *Revue internationale de droit économique*, Tome XV, No. 3, pp. 251-302.

¹² Deblock et Rioux (2008) expliquent : « On parlera de « neutralité à l'entrée » (*Capital Import Neutrality*) lorsque les investissements des résidents et des non-résidents sont traités de la même façon, sur le plan fiscal comme dans tout autre domaine. On parlera de « neutralité à la sortie » (*Capital*

(2005) donnent un aperçu des modèles économiques existants pour la modélisation des effets de la concurrence fiscale.¹³

Au plan empirique, Hines (1999) de même que Gropp et Kostial (2000) montrent que les investissements étrangers sont influencés par les différences de taux d'imposition statutaires prescrits par les lois fiscales des pays. Toutefois, Webb (2004) et Simmons (2006) passent en revue un nombre important d'études dont les conclusions hésitent généralement à entériner la justesse d'une vision du monde où la concurrence fiscale est dominante dans le système de la fiscalité internationale. Parmi ces études, Chennells et Griffith (1997), Devereux et *al.* (2002), Steinmo (1994), Swank (1998), Garrett (1998) et Weiss (1999) concluent que les craintes formulées à l'endroit de la concurrence fiscale sont probablement exagérées.

Il faut noter que la plupart des auteurs qui se penchent sur la concurrence fiscale omettent de distinguer la concurrence fiscale entre les pays développés de celle entre pays développés et pays en développement et, d'une troisième, soit celle entre pays développés et paradis fiscaux. Comme Barker (2002), nous estimons que c'est cette dernière qui est l'objet de controverses. À ce titre, l'OCDE a publié en 1998 *Concurrence fiscale dommageable. Un problème mondial* qui discute, dans un langage hautement feutré, de la « problématique » que constituent les paradis fiscaux pour les États où le taux d'imposition statutaire des sociétés par actions est « significatif ».

Export Neutrality) lorsque la fiscalité (ou d'autres facteurs) n'influence pas les choix de localisation des investisseurs. Ou pour dire les choses autrement, il importe peu que les investissements se fassent à la maison ou à l'étranger pourvu qu'ils soient les plus productifs. Enfin, on parlera de neutralité nationale (*National Neutrality*) si le bien être national est le même que l'investissement soit fait dans le pays ou à l'étranger. » (pp. 9-10).

¹³ Ces modèles ont pour paramètres principaux la mobilité des facteurs de production (capitaux et main-d'œuvre), l'interaction entre le « mix taxation » (objet de taxation et type de taxation) et les comportements des agents économiques ainsi que le rôle des institutions (telles que les conventions fiscales). Chaque modèle accorde une importance variable aux critères de performance propres à la fiscalité en général (équité verticale et horizontale, simplicité et transparence) et aux critères pertinents à l'analyse de la concurrence fiscale (neutralité à l'entrée, à la sortie et nationale).

L'OCDE explique que les pays industrialisés ressentent davantage les effets de la concurrence fiscale des paradis fiscaux car leurs taux d'imposition statutaires sont relativement élevés. En général le taux d'imposition statutaire, celui prévu par la loi, dans un paradis fiscal est nul ou très faible. Lorsqu'une EMN utilise les paradis fiscaux, elle réduit ainsi son taux d'imposition statutaire global. En d'autres mots, son taux d'imposition effectif, du point de vue de l'État domestique, devient significativement plus faible que son taux d'imposition statutaire attendu. Il en résulte donc un manque à gagner en recettes fiscales pour l'État domestique au taux d'imposition statutaire élevé.¹⁴

Les États-Unis et l'Union européenne étudient régulièrement les taux d'imposition effectifs des EMNs et constatent qu'ils sont en deçà des taux d'imposition statutaires attendus pour des raisons difficiles à expliquer compte tenu des lois en place dont l'efficacité, au plan théorique, semble « certaine ». Nous aurons l'opportunité de revenir plus loin sur les travaux de l'Union européenne à ce sujet. Quant aux États-Unis, depuis 2010, on se penche, une fois de plus, sur la question du prix de transfert.¹⁵ Mais chaque exercice d'analyse du prix de transfert n'amène toutefois jamais à une remise en question du principe de pleine concurrence. Du moins, à ce jour.¹⁶

¹⁴ Voir Drucker (2010), Drucker (2011) ainsi que Gramlich et Wheeler (2003) à ce sujet. Dans le contexte canadien, Lauzon et al. (2012) analysent cette question précise.

¹⁵ En 2010, le *Joint Committee on Taxation* (JCT) a publié une excellente étude dans laquelle sont présentés six cas fondés sur des entreprises existantes où l'utilisation des prix de transfert et des paradis fiscaux permet aux EMNs d'obtenir des taux d'imposition effectifs inférieurs à 25% (le taux d'imposition statutaire aux États-Unis est de 35%). Chacun des six cas présentés illustre, de façon relativement technique, comment l'EMN s'y prend pour minimiser l'impôt à payer et, au passage, frustrer l'application des lois et règles fiscales en vigueur. Avant cet exercice, toujours actuellement en cours, d'autres d'envergure ont eu lieu aux États-Unis au milieu des années 1960 et à la fin des années 1980 (États-Unis, IRS, *Joint Committee on Taxation* (2010), JCX-37-10).

¹⁶ Au Canada, les remises en question sont définitivement plus modestes. La Commission Carter a terminé ses travaux en 1967 sans réelle conséquence sur la fiscalité internationale outre la création en 1972 du Régime relatif au revenu étranger accumulé tiré de biens (REATB; *FAPI* en anglais) sur lequel nous reviendrons brièvement plus loin. Voir à cet effet, les travaux de la *Commission royale d'enquête sur la fiscalité* (Commission Carter) de 1966. En août 2008, le Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale a remis son rapport, plutôt timide en termes de contenu,

La planification fiscale, à l'aide de paradis fiscaux, une pratique légale mais nuisible aux recettes fiscales de l'État en pays industrialisés, demeure ainsi en progression chez les EMNs en dépit de règles d'application du principe de pleine concurrence de plus en plus nombreuses et sophistiquées.¹⁷ Mais qu'entend-on spécifiquement par paradis fiscal? Aux dires de l'OCDE, les facteurs essentiels permettant de reconnaître un paradis fiscal sont : « (...) a) Impôts inexistants ou insignifiants, b) Absence d'un véritable échange de renseignements, c) Absence de transparence, d) Absence d'activités substantielles » (OCDE 1998, p. 26). Eden et Kudrle (2005) proposent leur propre classification des paradis fiscaux en quatre catégories. D'abord, les « production havens » qui sont des centres où sont offerts des services professionnels légitimes, ensuite les « headquarter havens » qui offrent des services d'incorporation d'entreprises, suivi des « sham havens » qui sont des hôtes et intermédiaires financiers ou, en d'autres mots, de simples cases postales, et enfin les « secrecy havens » pour lesquels la participation aux activités d'évasion fiscale, une activité potentiellement criminelle en vertu de la LIR, n'a plus de secret. Les auteurs suggèrent que la plupart des paradis fiscaux reconnus offrent une combinaison de ces divers « services ».

sans aucune conséquence significative à ce jour, sauf un ensemble d'amendements hautement techniques concernant les sociétés étrangères affiliées qui ne viendra modifier en rien les fondements du régime actuel (Ministère des Finances, 2011, « Le gouvernement du Canada publie un projet de règles concernant les sociétés étrangères affiliées », *Communiqué 2011-070*, 19 août 2011, Ottawa, disponible en ligne : <http://www.fin.gc.ca/n11/11-070-fra.asp>; consulté le 6 décembre 2013). Sur la question du prix de transfert, voir : Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale, 2008, « L'administration des règles canadiennes de prix de transfert : Enjeux et recommandations », *Rapport du sous-comité sur les prix de transfert préparé pour le Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale*, août 2008, disponible en ligne à www.apcsit-gcrf.ca.

¹⁷ Cette planification fiscale est quelquefois associée à de l'évitement fiscal. Ce qu'est techniquement et légalement l'évitement fiscal dépasse largement l'objet de ce texte. Voir McDonald (2008) et Avi-Yonah et Clausing (2007) pour un point de vue académique sur cette question.

En termes économiques, l'impact des paradis fiscaux est indéniable. Christensen, Coleman et Kapoor (2005) estiment que près de la moitié du commerce mondial transite désormais par les paradis fiscaux alors que leurs économies ne représentent que 3 % du PIB mondial.¹⁸ Ce passage du commerce mondial par les paradis fiscaux est possible grâce au mécanisme des prix de transfert.¹⁹

Webb (2004) explique que le rapport de l'OCDE sur la concurrence fiscale dommageable, en particulier les éléments définissant les paradis fiscaux, fut très mal reçu par la communauté d'affaires internationale.²⁰ Énergiquement dilué, il sera

¹⁸ Sikka et Willmott (2010) relatent, dans leur recension des travaux portant sur les paradis fiscaux, plusieurs faits étonnants. Par exemple, les Îles Vierges britanniques ont sur leur territoire 338,9 sociétés par actions par personne alors que les Îles Caïmans en possèdent 18,2. Un édifice des Îles Caïman est l'adresse postale de 18 857 sociétés par actions. Les 575 résidents de l'Île de Sark, une des *Channel Islands*, accueillent les maisons-mère de plus de 15 000 compagnies. Les paradis fiscaux représentent environ 1,2% de la population mondiale; mais y sont situés 26 % des actifs et 31 % des profits des EMNs américaines.

¹⁹ Évidemment, une performance financière aussi remarquable ne se construit pas instantanément. Jusque dans les années 1960, les gouvernements américains et britanniques (et c'est le cas des autres États occidentaux) se souciaient très peu des mouvements de capitaux des EMNs vers les paradis fiscaux. Dans les faits, les EMNs étaient, à l'époque, encouragées à transférer leurs capitaux vers les « pays en développement » afin d'y stimuler la croissance économique. Edwards et de Rugy (2002) ainsi que Genschel et Rixen (2006) prétendent que l'évolution du système de fiscalité internationale, depuis un demi-siècle, s'explique par la perception, désormais fortement négative, des États industrialisés face à cette concurrence fiscale. Pour en savoir davantage sur l'historique de cette évolution, voir Eden et Kudrle (2005) et Webb (2004).

²⁰ Dans un mémoire (« A Business View on Tax Competition ») publié en 1998, Webb (2004) explique que le *Business and Industry Advisory Committee* (BIAC) : « (...) criticized the decision by tax officials not to consult with tax-payer representatives as a violation of a long-standing norm in the OECD (BIAC, 1998: 2). [...] business had resisted home-country efforts to combat HTC [harmful tax competition] by threatening to move investments to lower-tax foreign jurisdictions and by arguing that national anti-haven measures would put them at a disadvantage relative to foreign competitors. These materialist arguments would lose their force if, as planned, the OECD countries coordinated anti-HTC measures. Consequently, business representatives focused instead on normative arguments, framing the OECD proposals as inconsistent with shared norms, especially those of liberal economic ideology. BIAC argued strongly in favor of tax competition as a way to 'impose a discipline' on countries 'to make more efficient use of tax revenues' (Ibid: 3-4). BIAC argued that it was legitimate for businesses to consider tax differentials in planning and structuring their investments, and accused the OECD of

finallement tablé. Jamais en reste, l'OCDE est revenue à la charge en faisant la promotion active des Accords d'échange de renseignements fiscaux (AERF; TIEA en anglais) initialement créés en 2002. Après des débuts plutôt timides, on en comptait moins de 20 à la fin de 2008, plus de 430 AERF ont été signés entre les paradis fiscaux et les pays développés, de 2009 à ce jour, afin de « promouvoir la coopération internationale en matière fiscale par l'échange de renseignements ». ²¹ Mais il est par ailleurs d'intérêt de souligner que la Convention modèle de l'OCDE prévoit déjà un tel accord d'échange de renseignements à l'article 26. Une dose de scepticisme sur l'efficacité des AERF demeurerait donc de mise pour le lecteur critique. ²²

Il semble bien que les pays membres de l'OCDE partagent maintenant aussi ce scepticisme à l'égard des AERF. Dans *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, publié en février 2013, l'OCDE conclut que :

« [...] les règles actuelles permettent d'accroître la part des bénéfices associés à des montages juridiques et à des droits et obligations incorporels, et de transférer légalement les risques au sein des groupes, avec pour conséquence de réduire la part des bénéfices associés aux opérations substantielles. » ²³

Ce constat a ainsi donné naissance, en juillet 2013, au *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices* dont l'objectif avoué est

acting in a 'sinister' and 'cartel-like' fashion to raise taxes and introduce new barriers to international commerce (Ibid.: 2-4, 6). » (p. 811).

²¹ Accords d'échange de renseignements fiscaux (TIEAS), http://www.oecd.org/document/20/0,3746,fr_2649_33767_38711700_1_1_1_1,00.html (consulté le 6 décembre 2013). Le Canada en a lui-même signé 16 qui sont en vigueur à ce jour; pour plus de détails, voir « Accord d'échange de renseignements fiscaux », disponible à <http://www.fin.gc.ca/treaties-conventions/tieaaerf-fra.asp> (consulté le 6 décembre 2013).

²² Boidman (2010) partageait également notre scepticisme. Voir Bacchetta et Espinosa (2000) pour une analyse détaillée de ce mécanisme d'échange de renseignements entre les États.

²³ OCDE, Centre de politique et d'administration fiscale – Érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices, disponible à <http://www.oecd.org/fr/ctp/beps.htm> (consulté le 6 décembre 2013).

la protection de l'assiette fiscale domestique des pays membres, qui, les études et les statistiques ci-haut tendent à le démontrer, s'érode lentement mais sûrement.²⁴

1.1.3 Un intérêt grandissant de l'État

Il va sans dire que protéger l'assiette fiscale exige des ressources, beaucoup de ressources de la part de l'État. Les statistiques disponibles confirment que l'importance de celles accordées à la vérification des opérations internationales par les administrations fiscales connaît une progression spectaculaire depuis une dizaine d'années. Au Canada, par exemple, les ressources sont passées du simple au double. Aux États-Unis, la progression est presque aussi remarquable.²⁵ La Chine a littéralement mis sur pied son opération en matière de vérification de prix de transfert dans la dernière décennie alors que l'Inde multiplie les poursuites judiciaires à l'égard

²⁴ L'initiative « *BEPS OCDE/G20* » impliquera des pays non membres à titre « d'associés », incluant des pays en développement. Le secteur privé et la société civile seront également consultés (pp. 28-29). Ce processus doit se dérouler au moins jusqu'en décembre 2015, selon le calendrier actuellement prévu. Par ailleurs, il est intéressant de noter dans ce rapport que l'OCDE continue de mettre de l'avant le principe de pleine concurrence comme solution au problème de l'érosion de l'assiette fiscale :

« *On suggère parfois d'utiliser d'autres systèmes de répartition des bénéfices, notamment ceux basés sur l'application d'une formule. Toutefois, eu égard à l'importance d'une action concertée et aux difficultés pratiques de mettre tous les pays d'accord sur les modalités détaillées d'un nouveau système et sur sa mise en œuvre, la meilleure solution consiste non pas à remplacer le système actuel d'établissement des prix de transfert, mais à remédier aux insuffisances du système existant, notamment en ce qui concerne les revenus liés aux actifs incorporels, aux risques et à la surcapitalisation.* » [Italiques dans le texte] (p. 21).

²⁵ Au Canada, l'Agence du revenu expliquait en juin 2010 que dans « le cadre du budget fédéral de février 2005, l'ARC a reçu un financement annuel permanent de 30 millions de dollars par année pour répondre à la planification fiscale internationale abusive (PFIA). Ce financement par reconduction avait pour but d'augmenter et d'améliorer les activités d'observation, ainsi que de cibler davantage celles-ci, afin de contrer l'augmentation de cas d'évitement fiscal à l'étranger et les stratagèmes fiscaux frauduleux. Environ 15 millions de dollars du financement du PFIA ont été attribués à la Direction générale des programmes d'observation (DGPO). » (Agence du revenu du Canada, 2010, *Rapport final – Cadre de la planification fiscale internationale abusive*, Direction générale de la vérification et de l'évaluation de l'entreprise, juin 2010, Ottawa, disponible en ligne à <http://www.cra-arc.gc.ca/gncy/ntrnl/2010/aitpf-fra.html>; consulté le 6 décembre 2013). L'Autorité compétente, une des unités administratives de la DGPO, comptait 53 personnes à la fin de l'exercice 2009-2010 contre 34 personnes à la fin de l'exercice 2003-2004 (voir : Agence du revenu du Canada, *CCRA APA Program Report 2003-2004* et *Advance Pricing Arrangement Program Report 2009-2010*).

d'EMNs trop « agressives » dans la détermination des prix de transfert de transactions contrôlées entre leurs diverses sociétés par actions.²⁶

De la sorte, la discipline du prix de transfert apparaît se complexifier ou, du moins, est source de plus en plus de litiges administratifs et juridiques. Par exemple, le temps requis à la résolution d'un cas de double taxation augmente lentement mais sûrement depuis une vingtaine d'années. Les inventaires de cas non résolus sont en hausse constante. Le nombre de cas qui s'escalade jusqu'aux tribunaux est en hausse, principalement aux États-Unis et en Asie.²⁷ Ces statistiques et les nombreux cas entendus devant les tribunaux illustrent que les sujets sur lesquels porte la double taxation sont de plus en plus spécialisés et nombreux.

La complexité grandissante de la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée entre sociétés par actions, que celle-ci soit fondée sur des motifs économiques et commerciaux légitimes ou le fruit d'une planification fiscale bien élaborée, est désormais indéniable. Les opérations de l'EMN ont tendance, au fil du temps, à se compliquer de façon inhérente notamment à cause de la financiarisation accrue des opérations. En termes simples, il devient progressivement plus difficile de quantifier le prix de pleine concurrence d'une transaction contrôlée entre sociétés par actions.

²⁶ Pour la Chine, voir Zou et McNamara (2010) et le *China Advance Pricing Arrangement - Annual Report (2009)*, publié par le State Administration of Taxation. Pour l'Inde, voir Singhal et Doshi (2010).

²⁷ Nous n'avons pas été en mesure de recenser d'écrits spécifiques sur le nombre de cas de prix de transfert maintenant judiciairisés; nous parlons donc d'expérience. En ce qui a trait aux cas en inventaire, l'Agence du revenu du Canada indique que le nombre d'arrangements préalables en prix de transfert (APP; APA en anglais) en inventaire était de 95 à la fin de l'exercice 2009-2010 contre 37 APP dix ans plus tôt (*Advance Pricing Arrangement Program Report 2009-2010*, p. 11). À la fin de l'exercice 2011-12, le total était passé à 102 APP (*Advance Pricing Arrangement Program Report 2011-2012*, p. 9).

1.1.4 L'inconfort théorique

Si l'OCDE et les États entendent donc encore et toujours œuvrer à l'application du principe de pleine concurrence, au plan théorique, celui-ci fait face à une remise en question de plus en plus virulente. Depuis une trentaine d'années, plusieurs chercheurs du monde académique, plusieurs États et certains praticiens ont remis régulièrement en question le principe de pleine concurrence.²⁸ Par exemple, d'un point de vue juridique, Baistocchi (2005) observe que le principe de pleine concurrence se bute à un sérieux problème existentiel lorsque le système judiciaire d'un État n'arrive pas à produire une jurisprudence cohérente quant à sa correcte application. L'absence d'une doctrine juridique stable contribue à entretenir, selon cette critique, l'environnement incertain dans lequel l'État et l'EMN doivent opérer en fiscalité internationale. Cette critique peut aussi se formuler comme suit. L'application d'un prix de transfert s'intéresse exclusivement à la substance économique d'une transaction contrôlée effectuée par l'EMN tandis que le système judiciaire se fonde généralement sur la résolution de questions liées à la substance juridique et légale de cette même transaction.

Sans aller jusqu'à prétendre qu'il s'agit de mélanger l'huile à l'eau, les cas de prix de transfert canadiens et américains illustrent effectivement certaines positions « abracadabrantes » prises par les tribunaux dont l'un des points communs est le manque de constance d'un point de vue juridique, au grand dam des avocats et juristes, mais néanmoins parfaitement logiques puisque fondées sur les faits spécifiques d'une transaction commerciale donnée entre, faut-il le rappeler, des parties liées.²⁹ Ces décisions juridiques sur des transactions commerciales spécifiques

²⁸ Langbein (1986) recense quelques écrits qui s'interrogent sur le principe de pleine concurrence dès les années 1960; par exemple : Alinski, Chester C., 1965, « New 482 Regs Decrease Latitude of Agents but Still Place Heavy Burden on Business », *Journal of taxation*, Vol. 102, (pages non-citées à la référence).

²⁹ Les décisions rendues dans les industries pharmaceutiques canadiennes, américaines et en Inde sont d'excellents exemples. Voir à cet effet, *GlaxoSmithKline Inc. v. Canada*, 2010 CAF 201; le

entre parties liées doivent également être appréciées, même dans ce contexte juridique, en regard des Principes de l'OCDE dont le langage est source de frustrations intenses chez les avocats et les juristes.³⁰

Par ailleurs, McIntyre et McIntyre (1993) observent que le système actuel de détermination de prix de transfert incite à la négociation, habituellement pénible, sur les impôts à payer en dehors des lois domestiques et des principes internationaux en place.³¹ L'application du principe de pleine concurrence par l'administration fiscale canadienne dans le cadre de ses vérifications de conformité à la LIR est aussi source de controverses face à l'impossibilité de standardiser les processus de vérification. Chaque vérification est en effet soumise aux circonstances et faits spécifiques d'un contribuable donné. Le paragraphe 10 de la circulaire d'information *IC 87-2R Prix de transfert international* énonce à ce sujet que « [l]a question de savoir si un contribuable a respecté le principe de pleine concurrence est une question de fait devant être examinée dans chaque cas ». Il en résulte une incertitude fiscale, du point de vue du contribuable, quant à son fardeau fiscal, et pour l'État, en regard des recettes fiscales anticipées.

résumé de l'entente à l'amiable intervenue avec l'IRS pour la même EMN qui est disponible sur <http://www.thepharmaletter.com/file/68233/gsk-pays-31-billion-to-settle-transfer-pricing-tax-dispute-with-us-irs.html> ou, parmi les nombreux cas récemment entendus en Inde, *UCB India v. Assistant Commissioner of Income Tax (ACIT)*, *Serdia Pharmaceuticals (India) India v. Assistant Commissioner of Income Tax (ACIT)* et *ITO Mumbai v. Zydus Atlanta Healthcare*. Nous examinerons plus en détail certaines décisions canadiennes dans les chapitres à venir.

³⁰ Nous verrons plus loin que puisqu'il s'agit de « principes », ils n'ont pas les mêmes effets ni la même portée juridique que la loi fiscale.

³¹ Les auteurs expliquent : « Once a multinational company makes its opening tax bid, the IRS must attempt to determine — through adversarial proceedings — the flaws in the multitude of transfer prices the company has assigned to its international dealings. The IRS must first try to recalculate the income of each corporate entity in a chain of related foreign and domestic companies under the arm's length standard. It then must apportion the income so determined between U.S. and foreign sources under the source rules of the Internal Revenue Code. Through this case-by-case process, the United States establishes its claims to tax revenue from transnational income. Those claims may and often do conflict with the claims of other countries. Some procedures are available under U.S. tax treaties to reconcile the competing claims, but these procedures are cumbersome and can only be used for a tiny fraction of transfer pricing disputes. » (p. 853).

Wickham et Kerester (1992), Higinbotham et Levey (1998), Graetz (2001), Sadiq (2004) et Durst (2010) observent de plus que l'EMN, par définition, est constituée puisque certaines transactions sont économiquement impossibles à réaliser sans cette structure organisationnelle spécifique. C'est notamment la nécessité d'internaliser certains types de coûts à une entité intégrée unique que l'EMN répond. Par exemple, la production et la commercialisation de produits à l'échelle planétaire nécessitent l'intégration d'activités au sein d'un même consortium économique, compte tenu des risques élevés et de la complexité formidable qui s'ensuit. En d'autres mots, en général, un tel enchaînement d'activités ne saurait être réalisé par une série d'entreprises qui ne seraient pas fondamentalement des entités juridiques membres d'un même ensemble. Dit autrement, cet argument repose sur le fait que l'EMN existe afin d'internaliser certains types de transactions en réponse à l'incapacité de l'économie de marché à le faire. La critique se résume ainsi : comment peut-on prétendre utiliser un principe faisant appel à la concurrence alors que l'EMN est spécifiquement créée pour internaliser, c'est-à-dire pour éliminer, cette concurrence? ³²

1.1.5 Une philosophie fiscale ébranlée : le schisme européen

Peut-être inspirée de cette dernière critique, l'Union européenne s'interroge ainsi activement sur la pertinence de remplacer le principe de pleine concurrence depuis une douzaine d'années. Le *Groupe de travail sur une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (ACCIS; le CCCTB en anglais)* a en effet amorcé ses travaux en 2004 suite à une résolution adoptée en 2001 par l'Union européenne. ³³ Son mandat initial, d'une durée de trois ans, se continue aujourd'hui. Une des particularités des travaux de l'ACCIS est cette volonté, désormais explicite, d'aborder

³² Nous reviendrons plus longuement sur le problème de l'internalisation des coûts de l'EMN lors de notre définition de l'EMN présentée au chapitre 2.

³³ Mais c'est le rapport du *Ruding Committee*, datant de 1992, qui peut vraisemblablement être considéré comme la genèse de ces travaux (Commission européenne, 1992, *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, Ruding Committee, Bruxelles).

le problème de la fiscalité internationale au sein de la communauté européenne du point de la comptabilité consolidée et donc in extenso grâce à la taxation unitaire applicable à l'aide de formules de partage de profits.

Voici en quelques mots ce en quoi consiste la taxation unitaire.³⁴ La taxation unitaire est mise en œuvre par le biais d'une ou plusieurs formules de partage de profits (« *formulary apportionment* » en anglais). Une telle formule a pour objectif le partage du profit (ou de la perte) global d'un ensemble de sociétés par actions membres d'un même ensemble, des entités juridiques distinctes, opérant dans divers pays ou territoires. Bien que rejetées du revers de la main par les pays membres de l'OCDE et par tous les pays alignés, les formules de partage de profits génèrent un intérêt de plus en plus prononcé dans le système de la fiscalité internationale tant chez les praticiens que dans le milieu académique.³⁵ Il existe un nombre impressionnant de formules de partage de profits proposées, étudiées et analysées, sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir plus loin.³⁶ Notons à ce stade qu'elles font aussi parfois l'objet de critiques.³⁷

Ainsi, la Commission européenne estime dorénavant que la seule manière de contrecarrer l'évitement fiscal est de se doter d'une formule de partage de profits au sein de l'Union européenne.³⁸ Malgré les turbulences économiques et sociales, parfois violentes depuis 2010, la commission a publié une série d'études sur la question aussi récemment que le printemps 2011. Mais la question d'une adoption

³⁴ Nous y reviendrons très longuement plus loin dans notre exposé au chapitre 4.

³⁵ Le rejet ne peut être plus explicite : « Les pays membres de l'OCDE [...] considèrent [...] que la répartition globale selon une formule préétablie n'est pas une alternative réaliste au principe de pleine concurrence. » (Principes de l'OCDE, par 1.21).

³⁶ En guise d'introduction, voir la recension produite par Hellerstein et McLure (2004) ainsi que les travaux de McIntyre (1992), McIntyre et McIntyre (1993), Li (2002), Agundez-Garcia (2006), Avi-Yonah et Clausen (2007). Sur les impacts éventuels de l'adoption d'une formule de partage de profits en Europe, voir les travaux de Fuest, Hemmelgarn et Ramb (2006), Spengel et *al.* (2008) de même que Devereux et de Mooij (2009); pour les États-Unis, voir Wilkins et Gideon (1994), Hines (2009) ainsi que Weiner (1999) qui, dans ce dernier cas, tente de généraliser au niveau mondial.

³⁷ Voir à cet effet, Milton (1984), Sunley (2002), Sorensen (2004) et Parillo (2011).

³⁸ Voir à ce sujet, Commission européenne (2004).

formelle de la taxation unitaire demeure incertaine notamment à cause des répercussions politiques et économiques qui en découleraient.³⁹ Cette pluralité des développements tant académiques qu'en termes de politiques publiques naissantes, dans le cas de l'Europe, illustre clairement selon nous un état de crise en fiscalité internationale.

1.2 Problématique : la solution actuellement proposée

1.2.1 Un système en crise

La problématique exposée ci-haut est réelle : le système de la fiscalité internationale passe actuellement par une période de crise. Les paradis fiscaux sont au cœur des débats. Les États s'intéressent avec plus d'intensité au problème du prix de transfert et y consacrent davantage de ressources. Les milieux académiques, comptables, juridiques et économiques expriment maintenant ouvertement leur dissidence face à des règles et normes perçues comme désuètes, ou du moins inadéquates. Enfin, l'Europe menace de quitter le système en place, de remplacer le principe de pleine concurrence par la taxation unitaire.

Si l'on devait résumer en quelques mots la problématique, nous serions tentés d'écrire que l'application du principe de concurrence ne compose pas adéquatement avec la réalité économique de l'EMN. En d'autres mots, du point de vue des États, l'application du principe de pleine concurrence n'engendre pas les résultats anticipés au plan domestique, en termes de recettes fiscales. Il semble y avoir présence d'une inadéquation entre l'intention et les objectifs de la politique fiscale en matière de prix de transfert et les résultats obtenus, en matière de revenus, compte tenu des comportements adoptés par l'EMN.⁴⁰

³⁹ Voir Commission européenne (2011a) et les études d'impacts extrêmement détaillées en annexe à cet ouvrage. Les travaux se poursuivent actuellement sur une mise en œuvre formelle éventuelle.

⁴⁰ Cette formulation nous a été inspirée par une idée exprimée par Pierre P. Tremblay, membre du jury de notre projet de thèse, que nous remercions.

Cette inadéquation est aisément définie. Dans une société démocratique, l'objectif premier de la politique fiscale consiste évidemment en la collecte par l'État des recettes nécessaires au financement et à la prestation de services à la population.⁴¹ Mais dans le cas de la politique de prix de transfert, un élément de la politique fiscale de l'État, les comportements de l'EMN ont pour effet d'amoindrir les recettes fiscales initialement anticipées par l'État, d'où l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État. Cette « perte » de recettes fiscales se fait vraisemblablement au profit des paradis fiscaux comme nous l'avons vu plus haut dans la présentation de la problématique de recherche.

1.2.2 La solution : la taxation unitaire?

La solution à cette inadéquation, aux dires de nombreux auteurs et de l'Union européenne, passe par le remplacement pur et simple du principe de pleine concurrence. Il s'agit de mettre en place une taxation unitaire en appliquant les formules de partage de profits. Cela met en évidence une tendance lourde : dans la pratique comme dans les milieux académiques, le principe de pleine concurrence et les formules de partage de profits sont presque toujours considérés par les auteurs et chercheurs comme des approches rivales en termes de politique de prix de transfert.

Quelques contributions, par exemple Amerkhail (1999), Li (2002), Bell (2009), Avi-Yonah (2009) et Avi-Yonah, Clausing, et Durst (2009) ont tenté de marier ces deux approches mais spécifiquement pour l'application du principe de pleine concurrence. Ces contributions sont toutefois, il faut le souligner, purement rhétoriques puisqu'elles se limitent à tenter de mettre en évidence que la formulation du principe de pleine concurrence admet implicitement l'utilisation de formules de partage de profits, une hypothèse largement réfutée par l'OCDE elle-même et par un

⁴¹ Tremblay (1998) explique : « [...] la politique fiscale est l'ensemble coordonné des choix d'une administration en matière d'imposition. » (p. 2).

regard attentif sur l'évolution historique de la Convention modèle de l'OCDE.⁴² Quoi qu'il en soit, ce n'est pas, selon nous, dans la rhétorique que doit s'étudier la question du remplacement éventuel du principe de pleine concurrence par la taxation unitaire mais plutôt dans la pratique, dans la réalité d'application qui les caractérise respectivement.⁴³

1.2.3 Un exemple

Un bref exemple chiffré permettra d'offrir une vue d'ensemble introductive de ce en quoi consiste l'application du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire par le biais d'une formule de partage de profits. L'exemple viendra illustrer concrètement les motivations de nombreux auteurs à mettre de l'avant la taxation unitaire comme moyen de résolution de la crise actuelle en fiscalité internationale, plus précisément en prix de transfert.

Supposons deux entités, des sociétés par actions, faisant partie d'une EMN, les entités A et B, situées dans les pays A et B respectivement. Les entités A et B effectuent une transaction contrôlée. Dans cette transaction contrôlée, l'entité A achète un bien à l'entité B au coût de 50 \$, un prix représentant la juste valeur marchande de la transaction (c'est-à-dire, un prix de pleine concurrence).

Supposons également un taux d'imposition statutaire dans le pays A de 50 % et un taux d'imposition statutaire nul dans le pays B. Enfin, prenons pour hypothèse que chaque entité effectue des ventes libres à divers clients et que des coûts libres sont aussi encourus auprès de divers fournisseurs, donc des ventes et des coûts de pleine concurrence, tels que : l'entité A a des ventes libres de 1 500 \$ et des coûts libres de 1 300 \$; l'entité B a des ventes libres de 1 000 \$ et des coûts libres de 800 \$.

⁴² Langbein (1986) fait une analyse détaillée de l'évolution du langage utilisé à la Convention modèle de l'OCDE inspirée du modèle de Londres de 1946 jusqu'à nos jours. Il en arrive à la conclusion qu'au cours des années 1960, l'interprétation du principe de concurrence par l'OCDE a finalement éliminé toute conception possible appuyée sur des éléments propres aux formules de partage de profits.

⁴³ Nous reviendrons longuement sur cette affirmation dans notre exposé sur la méthode.

À l'aide de l'ensemble de ces données et hypothèses, dans un environnement de comptabilité séparée, celui dans lequel s'opère le principe de pleine concurrence, on obtient alors les résultats financiers suivants.

Tableau 1.1 États financiers – Principe de pleine concurrence

	Entité A	Entité B
Ventes libres (non contrôlées)	1 500 \$	1 000 \$
Revenu contrôlé (provenant de l'entité A)	—	50 \$
Coûts libres (non contrôlés)	(1 300 \$)	(800 \$)
Coût contrôlé (montant payé à l'entité B)	(50 \$)	—
Profit brut (ventes – coûts)	150 \$	250 \$
Impôts à payer	(75 \$)	0 \$
Profit après impôt (impôt du pays A : 50 %)	75 \$	250 \$
Profit [A + B] :		325 \$

Supposons maintenant que les entités A et B participent à une planification fiscale agressive visant à maximiser le profit de l'entité B. Une telle stratégie serait logique puisqu'elle consiste à maximiser le profit dans le pays B où le taux d'imposition statutaire est nul. Dans un tel cas, l'entité A pourrait acheter un bien à l'entité B au coût de 150 \$ (plutôt que 50 \$). Cette application agressive du principe de pleine concurrence donnerait les résultats financiers suivants.

Tableau 1.2 Planification agressive (comptabilité séparée)

	Entité A	Entité B
Ventes libres (non contrôlées)	1 500 \$	1 000 \$
Revenu contrôlé (provenant de l'entité A)	—	150 \$
Coûts libres (non contrôlés)	(1 300 \$)	(800 \$)
Coût contrôlé (montant payé à l'entité B)	(150 \$)	—
Profit brut (ventes – coûts)	50 \$	350 \$
Impôts à payer	(25 \$)	0 \$

Profit après impôt (impôt du pays A : 50 %)	25 \$	350 \$
Profit [A + B] :		375 \$

On le distingue immédiatement en comparaison de la situation initiale : l'adoption d'une planification fiscale agressive résulte en un déplacement d'une partie du profit, d'abord imposable dans le pays A, le profit de l'entité A, vers le pays B où l'entité B a un impôt statutaire nul. Il se paie donc moins d'impôts globalement comme l'illustre le tableau suivant.

Tableau 1.3 Comparaison de l'impôt payé

	Entité A	Entité B	Groupe [A + B]
Profit après l'impôt, situation d'origine	75 \$	250 \$	325 \$
Profit après l'impôt, avec une planification agressive	25 \$	350 \$	375 \$
Perte en recettes fiscales du pays A (gain en bénéfices pour le groupe [A + B])	(50 \$)	0 \$	50 \$

La rentabilité du groupe d'entités [A + B] de l'EMN s'en trouve significativement augmentée (de 325 \$ à 375 \$) puisque l'impôt à payer total est diminué d'autant (de 75 \$ à 25 \$ d'impôts à payer dans le pays A). Cette planification agressive a aussi pour effet de réduire les recettes fiscales du pays A : elles passent de 75 \$ à 25 \$ (une perte de 50 \$). Voilà une illustration simple, mais réaliste, de la crise actuelle en fiscalité internationale : l'EMN, par son comportement, réussit à frustrer les intentions de l'État en termes de recettes fiscales anticipées, en utilisant à son avantage le prix de transfert. L'État subit de plein fouet les conséquences financières de l'inadéquation entre la formulation de ses objectifs dans la loi fiscale et les résultats obtenus en termes de recettes fiscales.

Afin de compléter cette introduction au principe de pleine concurrence et à la taxation unitaire, voyons ce qu'il en serait si la taxation unitaire s'appliquait au groupe d'entités [A + B]. Supposons que les entités A et B sont maintenant assujetties à une formule de partage de profits où le profit total des entités A et B sera partagé en regard de la proportion des ventes qui est effectuée dans le pays A et dans le pays B. En d'autres mots, par exemple, si 30 % des ventes se font dans le pays A, l'entité A aura droit à 30 % du profit du groupe [A + B]; l'entité B aura alors droit à 70 % du profit du groupe.

En taxation unitaire, le partage du profit résulte donc d'une arithmétique, au premier regard, plutôt simple. Mais avant d'effectuer ce partage, une étape préliminaire est toutefois requise : il est nécessaire d'éliminer la transaction contrôlée des écritures comptables de chaque entité car elle est source de distorsions dans le calcul. Expliquons-nous brièvement. Dans notre exemple, l'entité A effectue des ventes libres à hauteur de 1 500 \$ tandis que l'entité B a des ventes libres de 1 000 \$. Au prix de pleine concurrence, nous avons énoncé que la transaction contrôlée possède une valeur de 50 \$. La vente contrôlée, au prix de 50 \$, représente de la sorte un coût pour l'entité A et une vente (un revenu) pour l'entité B. Cette transaction contrôlée a pour effet d'augmenter artificiellement le montant total des ventes du groupe composé des entités [A + B].

Ventes de l'entité A :	1 500 \$
Ventes de l'entité B :	1 000 \$
Ventes contrôlées :	50 \$

Sans la vente contrôlée, dont le produit de 50 \$ est reçu par l'entité B, l'entité A effectuerait 60 % ($1\,500 / 2\,500$) des ventes du groupe [A + B]. Lorsque nous incluons la vente contrôlée au total des ventes, l'entité A n'effectue plus que 59 % ($1\,500 / 2\,550$) des ventes du groupe [A + B]. Dans le cas hypothétique où la vente contrôlée serait de 500 \$, l'entité A n'effectuerait plus que 50 % ($1\,500 / 3\,000$) des

ventes du groupe $[A + B]$. On le constate, les ventes contrôlées créent une distorsion dans les livres comptables consolidés du groupe $[A + B]$.⁴⁴

C'est ainsi qu'en comptabilité consolidée, la norme comptable applicable prévoit que les transactions contrôlées sont d'abord éliminées lors du processus de consolidation des livres comptables puisqu'une vente pour une entité représente un coût pour l'autre entité.⁴⁵ En d'autres mots, il y a présence d'une double écriture comptable à éliminer. Suite à cet ajustement, à l'aide des données financières que nous avons utilisées jusqu'à maintenant dans notre exemple, l'application d'une formule de partage de profits, dérivée à l'aide des proportions des ventes dans chaque pays, nous donnerait les résultats financiers suivants.

Tableau 1.4 Taxation unitaire (comptabilité consolidée)

	Entité A	Entité B
Ventes libres (non contrôlées)	1 500 \$	1 000 \$
Pourcentage des ventes totales (total : 2 500 \$)	60 % $[1\,500 / 2\,500]$	40 % $[1\,000 / 2\,500]$
Revenu contrôlé (provenant de l'entité A)	—	éliminé
Coûts (non contrôlés)	(1 300 \$)	(800 \$)
Coût contrôlé (montant payé à l'entité B)	éliminé	—
Profit brut (ventes – coûts)	200 \$	200 \$
	Profit à partager :	400 \$
Profit par entité	240 \$ [60 % du profit]	160 \$ [40 % du profit]
Impôts à payer (taux d'impôt du pays A : 50 %)	(120 \$)	0 \$
Profit après impôt	120 \$	160 \$
	Profit $[A + B]$:	280 \$

⁴⁴ La vente contrôlée augmente aussi artificiellement le montant total des coûts du groupe. Le même raisonnement peut ainsi s'appliquer du point de vue des coûts.

⁴⁵ Il s'agit de la norme *IFRS 10 États financiers consolidés* sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir plus loin.

Quelques remarques s'imposent sur cette nouvelle répartition du profit à l'aide de la taxation unitaire. Nous l'avons expliqué, en comptabilité consolidée, les transactions contrôlées sont d'abord éliminées lors du processus de consolidation puisqu'une vente pour une entité représente un coût pour l'autre entité. Autrement dit, il y a présence d'une double écriture comptable à éliminer. Mais ce faisant, on remarque qu'il n'est plus possible pour l'EMN d'appliquer le principe de pleine concurrence par le biais d'une fixation « agressive » du prix de la transaction contrôlée puisque la comptabilité séparée n'existe plus. Le contrôle sur le prix de la transaction contrôlée que possédait l'EMN a été éliminé. Il ne semble donc plus possible d'utiliser le prix de transfert comme instrument de planifications fiscales diverses afin de réduire l'impôt à payer par l'entité A dans le pays A.

Par application d'une formule de partage de profits, fondée sur les proportions de ventes dans notre exemple, l'entité A obtient 60 % ($1500 / 2\,500$) du profit brut total à partager de 400 \$ (donc 240 \$) alors que l'entité B obtient 40 % ($1\,000 / 2\,500$) de ce même profit brut total à partager de 400 \$ (donc 160 \$) et ce, quel que soit le prix qu'utiliseraient les entités A et B pour le bien vendu par l'entité B à l'entité A (c'est-à-dire, la transaction contrôlée).

1.3 La question de recherche

De cet exemple simple, le lecteur pourrait ainsi être amené à conclure immédiatement que les formules de partage de profits « solutionnent » de facto le problème d'une fixation agressive des prix entre entités contrôlées et annule les effets « bénéfiques », du point de l'EMN, associés à l'utilisation du prix de transfert et des paradis fiscaux. Dans la même veine, on pourrait être tenté de croire que les comportements de l'EMN, ceux qui venaient frustrer les intentions de l'État en termes de recettes fiscales anticipées, sont par conséquent neutralisés. Bref, l'inadéquation entre la formulation des objectifs de l'État et les résultats obtenus en

termes de recettes fiscales seraient dès lors résolue. Mais serait-ce vraiment le cas *dans la réalité*?

Remplacer le principe de pleine concurrence par la taxation unitaire résout-il effectivement l'inadéquation identifiée? Remplacer le principe de pleine concurrence par la taxation unitaire permet-il d'aligner les résultats obtenus par la politique fiscale avec les intentions et les objectifs de l'État en matière de prix de transfert, compte tenu des comportements adoptés par l'EMN? À ce jour, aucun chercheur ne s'est penché sur l'étude systématique et rigoureuse de ces deux approches ou encore sur leur mise en comparaison méthodique, que ce soit dans ce qui les définit respectivement ou ce qui les caractérise en termes de mise en application. Quelques contributions se sont limitées à critiquer sommairement ces deux approches.⁴⁶

À notre avis, l'application d'une formule de partage de profits ne résout pas les problèmes qui affligent le principe de pleine concurrence en matière de prix de transfert. Les deux approches reposent, selon nous, sur des assises théoriques semblables et des réalités pratiques communes. La question générale de recherche proposée pour la thèse s'exprime donc ainsi :

En dépit des comportements possibles ou adoptés par l'EMN, est-ce que l'utilisation de la taxation unitaire, au lieu du principe de pleine concurrence, permet d'aligner les objectifs de la politique fiscale, spécifiquement sur le prix de transfert, et les résultats obtenus, en termes de recettes fiscales, venant ainsi éliminer l'inadéquation actuelle?

⁴⁶ Bird (1994) et Cockfield (2004) sont des exemples de ce genre de critique envers le principe de pleine concurrence et les formules de partage de profits. Quelques tentatives supplémentaires sont fortement économétriques. Eichner et Runkel (2007) utilisent un modèle d'équilibre général afin de « démontrer » que l'application du principe de pleine concurrence ou d'une formule de partage de profits se traduit par un taux d'imposition effectif inférieur, dans chaque cas, au taux d'imposition statutaire. Clausing et Lahav (2011) amènent ce type d'analyse quantitative sur le terrain en utilisant des données américaines afin d'évaluer les impacts financiers des deux approches sur les recettes fiscales de l'État. Les résultats obtenus sont mitigés. Le lecteur notera que Clausing et Lahav (2011) est une mise à jour de l'étude de Shackelford et Slemrod (1998).

Nous pensons, c'est la thèse principale que nous soutenons, que la taxation unitaire, c'est-à-dire une formule de partage de profits, est impuissante à résoudre l'inadéquation entre les objectifs poursuivis par l'État en matière de prix de transfert et les résultats obtenus, en termes de recettes fiscales, compte tenu des comportements de l'EMN.

1.4 La méthode adoptée

La question de recherche maintenant formulée, cette section présente et justifie la méthode retenue pour y répondre et, de la sorte, soutenir la thèse que nous défendons. Cette section est organisée de la façon suivante. Dans un premier temps, nous sélectionnons la méthode pour la conduite de la recherche : la méthode analytique. Ensuite, nous analysons les principales conséquences méthodologiques qu'implique l'adoption de cette méthode relativement à notre sujet de recherche. Enfin, nous offrons un bref aperçu de la structure de notre argumentation qui sera systématiquement développée dans les chapitres suivants.

1.4.1 La méthode en sciences sociales

En sciences sociales, on reconnaît six grands types de méthodes pour la recherche scientifique (Aktouf 1987, p. 28) :

- la méthode statistique;
- la méthode expérimentale;
- la méthode clinique;
- la méthode déductive;
- la méthode inductive; et
- la méthode analytique.

Dans un monde idéal où les contraintes sont absentes et les ressources disponibles illimitées, la validation formelle de notre thèse, en réponse à la question de recherche, pourrait s'effectuer par le biais d'une recherche empirique de grande

envergure appuyée sur une méthode expérimentale ou statistique, à l'image des tentatives recensées précédemment sur l'utilisation des paradis fiscaux. Nous ferions alors une comparaison du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire à l'aide de données financières provenant de diverses EMNs. Il s'agirait notamment de mesurer les divers impacts du comportement de l'EMN dans chacun des systèmes. Une telle entreprise exigerait cependant l'accès à une masse considérable de données confidentielles, données uniquement disponibles au sein de ces EMNs ou d'administrations fiscales, ce qui est somme toute une approche très peu réaliste dont la fiabilité des résultats serait faible.⁴⁷ Au plan théorique, comme le soulignent, à juste titre, Cravens et Shearon (1996) :

« Il est clair que toutes les recherches dans le domaine du prix de transfert font face à des défis significatifs incluant le manque de données ainsi que l'obligation d'utiliser des approximations. Outre les problèmes d'intégrité et de validité que cela occasionne, il y a également l'impossibilité de mesurer des phénomènes inobservables. Il n'y a que très peu de doute quant à l'existence de la manipulation des prix de transfert aux États-Unis. Cependant, il est pratiquement impossible pour les chercheurs du monde académique de mesurer ou de détecter ces abus de la section 482 puisqu'un accès complet aux données financières de sociétés par actions serait requis. Par conséquent, d'un point de vue de la taxation, la recherche doit se faire à l'aide d'informations extraites des états financiers ou par la collecte à l'aide de questionnaires. Il est difficile de confirmer la validité des réponses ainsi obtenues compte tenu de l'environnement qui les entoure. »⁴⁸

⁴⁷ Hines (2009), Shackleford et Slemrod (1998), Devereux et Loretz (2008), Edmiston et Arze del Granado (2004) ainsi que Gérard et Weiner (2003) sont des tentatives. Le mot « tentative » ne se veut pas péjoratif. C'est simplement que si nous devons résumer en quelques mots les résultats de ces études, en termes d'impacts sur les recettes fiscales de l'État, ceux-ci semblent incertains de l'aveu même des auteurs qui ignorent de plus volontairement les modifications probables de comportements de l'EMN sur lesquels nous allons longuement nous pencher dans les chapitres à venir.

⁴⁸ Plusieurs citations, de langue française, feront partie du corps du texte. D'autres, lorsqu'elles sont de langue anglaise, seront insérées en bas de page afin d'en conserver l'exactitude. Mais pour ces dernières, le lecteur voudra bien prendre note que ce qui apparaît de la sorte dans le corps du texte est notre propre traduction. Ainsi, en anglais, Cravens et Shearon (1996) écrivent : « Clearly any research in the area of transfer pricing faces important challenges including a lack of available data and use of surrogates and proxies. Aside from internal validity problems there is also the overriding issue of trying to capture an unobservable phenomenon. There is little question that transfer pricing manipulation exists in the US. However it is virtually impossible for academic researchers to monitor

Comme autre option quantitative possible, nous pourrions envisager la conception et la mise en application, vraisemblablement en laboratoire informatique, de divers scénarios afin de mesurer objectivement, avec autant d'exactitude que possible, les difficultés d'application du principe de pleine concurrence ou de la taxation unitaire par l'EMN et par l'État pour ensuite les comparer. L'ennui, c'est que ce type d'approche exigerait un nombre important d'hypothèses afin de codifier et de quantifier les scénarios étudiés. Borkowski (1992) explique toutefois qu'en prix de transfert :

« Chaque décision est tributaire d'une combinaison unique de caractéristiques organisationnelles et de l'environnement international de l'EMN. La théorie de la contingence présuppose que chaque EMN choisira un prix de transfert optimal, dans une situation donnée domestique ou internationale compte tenu de ces caractéristiques. En conséquence, il n'existe pas un prix de transfert spécifique pouvant être prescrit à toutes les EMN. »⁴⁹

Malgré les sérieuses difficultés de mise en application de ces divers types d'approches quantitatives, ces avenues apparaîtront des plus charmantes à bien des chercheurs car nous sommes maintenant dans une ère où les recherches de nature quantitative sont largement privilégiées par les pairs et, par ailleurs, souvent considérées plus scientifiques que les recherches qualitatives.⁵⁰ Nous devons

or to detect abuses of Section 482 since complete access to company records is necessary. Therefore, from a taxation perspective, research must rely on information extracted from financial statements or collected by questionnaire. It is difficult to confirm the validity of questionnaire responses given this environment. » (p. 441).

⁴⁹ En anglais : « Each decision is determined by the unique combination of environmental international and organizational characteristics of an MNC. Contingency theory posts that each MNC will choose the optimal transfer price for a given situation whether domestic or international based on this singular combination of characteristics. Consequently, no one correct transfer price can be prescribed for all MNCs. » (p. 35).

⁵⁰ Relativement à la science politique, Tribe (1972) écrivait déjà à ce sujet : « In attempting to understand the sort of lens through which the policy sciences view their subject matter, it is helpful to begin by noting the extreme importance that the social sciences as a whole (of which the policy sciences represent a subcategory) have long given to objectivity—to detached, deliberately impersonal,

cependant rejeter ce biais dominant sans fondement scientifique qui a été largement critiqué par de nombreux auteurs.

Parmi ceux-ci, Strauss (1957) formule diverses objections méthodologiques à l'analyse quantitative.⁵¹ Winch (1958/1990) explique que la science sociale est une science avant toute autre chose « interprétative ». L'application directe de la méthode scientifique, d'abord associée aux sciences pures, à la science sociale est de ce fait questionnable; les approches quantitatives s'avèrent difficilement applicables.⁵² Même en science économique, la méthode quantitative se fait parfois tirer dessus à boulets rouges. McCloskey (1983) suggère que les modèles économiques ne sont que de vulgaires métaphores.⁵³

En science politique, Tribe (1972) suggère qu'une analyse quantitative dégénère en une simplification de l'objet d'étude.⁵⁴ Bref, comme l'écrivait Strange (1988) : « [...] la recherche doit être scientifique en ce sens que le théoricien respectera les valeurs propres à la recherche scientifique, soit la rationalité et l'impartialité, tout en

empirically verifiable, and purportedly value-free analysis. Undoubtedly deriving in part from insecurity about the intellectual credentials (and hence the political power) of social science, this compulsion to imitate the exact sciences has been coupled with the premise that in those fields the accepted methodology has in fact been a wholly impersonal one, resting on purely "objective" modes of relation between the observer and the object of observation (pp. 76-77).

⁵¹ Par exemple, l'omniprésence des jugements de valeur dans l'étude d'un phénomène social et la croyance, non fondée, en un type de connaissance supérieur aux autres, en un « savoir scientifique » (pp. 349-55).

⁵² Voir le chapitre 4 de son exposé. Giddens (1982) résume ainsi les convictions de Winch: « Neither the formulation of laws, nor causal analysis, have any place in social science. Social science is thus an interpretative, or hermeneutic, endeavour; a logical gulf separates such an endeavour from the logic and method of the natural sciences. » (p. 4).

⁵³ Par exemple, il énonce : « Each step in economic reasoning, even the reasoning of the official rhetoric, is metaphor. The world is said to be "like" a complex model, and its measurements are said to be like the easily measured proxy variable to hand. The complex model is said to be like a simpler model for actual thinking, which is in turn like an even simpler model for calculation. » (p. 502).

⁵⁴ Voir en particulier les pages 79-84 à cet effet, où il écrit notamment : « From many perspectives, the procedures that shape individual and social activity have significance independent of the final products they generate. Yet the traditional approach of both moral philosophy and welfare economics has been to focus exclusively on the end results of social and institutional processes in assessing their value. » (p. 79).

aspirant à une formulation systématique de ses explications. »⁵⁵ C'est donc avec cet idéal, et uniquement cet idéal en tête, que nous comptons déployer tous nos efforts de recherche pour mener à bien et soutenir notre thèse.⁵⁶

En excluant les méthodes expérimentales, cliniques ou statistiques qui semblent inapplicables ou irréalistes pour la recherche, il nous faut choisir parmi les méthodes déductives, inductives ou analytiques.⁵⁷ La méthode déductive analyse le particulier à partir du général; elle vise à interpréter une situation spécifique à l'aide d'une grille théorique générale préétablie. Plus commune, la méthode inductive consiste, au contraire, à tenter des généralisations à partir de cas particuliers.⁵⁸ Quant à la méthode analytique :

« C'est la méthode qui consiste à décomposer l'objet d'étude en allant du plus complexe au plus simple. Tout comme la chimie qui décompose les molécules en éléments simples, indécomposables, on décomposera toutes les parties élémentaires pour ensuite reconstituer le schéma d'ensemble. » (Aktouf 1987, p. 29).

Le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire se composent de plusieurs éléments spécifiques, des éléments constitutifs. Par exemple, nous verrons

⁵⁵ En anglais : « [...] theory should be scientific only in the sense that the theorist respects the scientific virtues of rationality and impartiality and aspires to the systematic formulation of explanatory propositions. » (p. 12).

⁵⁶ Strange (1988) précise en ce qui a trait aux sciences sociales : « The title 'social science' is only justifiably used to remind us that, although our subject lies closer to our emotions, than the origin of rocks or the composition of molecules, and although it has to do with subjectively important questions concerning power and wealth, we must nevertheless still try to preserve a 'scientific' attitude to our studies. » (p. 12).

⁵⁷ Selon nous, la méthode clinique est sans application pratique à l'objet d'étude. En prix de transfert, Eccles (1985) représente une tentative intéressante d'utilisation de la méthode clinique. Mais cette étude ne tient pas compte de la dimension fiscale du problème. Al-Eryani, Alam et Akhter (1990) illustrent une approche par sondage, à notre sens, fondamentalement erronée puisqu'elle pose notamment pour hypothèse que plus un pays possède une réglementation détaillée et développée en matière de prix de transfert, plus les EMNs auront tendance à utiliser des prix de marché dans leurs transactions contrôlées. Nous croyons que cet élément est plutôt au centre des questions que l'on pourrait se poser sur le sujet d'étude.

⁵⁸ Nous paraphrasons Aktouf 1987, p. 29.

plus loin que le principe de pleine concurrence peut se décomposer ainsi : « les facteurs de comparabilité », « la sélection d'une méthode de prix de transfert » et « la recherche d'entités comparables ». Dans le cas de la taxation unitaire, elle comprend : « la détermination de l'entreprise unitaire », « le calcul du profit comptable consolidé » et « l'application d'une formule de partage de profits ». Concevoir ce que sont le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire —en d'autres mots, ce qui les définit, comment ils s'appliquent et leurs limitations communes ou distinctives— est possible en étudiant les éléments constitutifs qui les caractérisent respectivement.

Ces éléments distinctifs peuvent de plus être comparés afin de nous permettre de répondre en partie à notre question de recherche : le remplacement du principe de pleine concurrence par la taxation unitaire résout-il l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État en matière de prix de transfert? Un tel processus de comparaison s'insère parfaitement dans la méthode analytique.

Remaud, Schaub et Thireau (2012) expliquent que la comparaison « permet au chercheur de progresser grâce à un travail incessant de rapprochements et de distinctions. » (p. 13). Ils ajoutent : « [d]ans la pratique de la recherche en sciences sociales, le geste de la comparaison occupe par conséquent une place à la fois originale et centrale. L'acte de comparer pose le cadre théorique de l'opération scientifique. » (p. 15). Warwick et Osherson (1973) soulignent que :

« [p]lutôt que d'être une activité de second ordre, découlant d'autres processus de base, la comparaison est centrale à l'acte du savoir et de la perception. [...] En tant qu'opération fondamentale dans la pensée humaine, la comparaison est essentielle à n'importe quel effort d'analyse scientifique sociale. »⁵⁹

⁵⁹ En anglais : « Rather than being a second-order activity tacked onto more basic cognitive processes, comparison is central to the very acts of knowing and perceiving. [...] Viewed as a fundamental operation in human thought, comparison is essential to any effort at social scientific analysis. » (p. 7).

La méthode analytique nous apparaît par conséquent comme un excellent choix pour effectuer notre comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire. L'exercice de comparaison de ces deux types de système de fiscalité internationale nous permettra d'expliquer en quoi la taxation unitaire serait apte ou impuissante à résoudre l'inadéquation entre les objectifs poursuivis par l'État en matière de prix de transfert et les résultats obtenus, compte tenu des comportements de l'EMN.⁶⁰

1.4.2 Les conséquences de la méthode analytique

Mais l'application de la méthode analytique fait, selon nous, face à certaines limites qui lui sont spécifiques, des limites qu'il nous faut approfondir afin d'en cerner les conséquences, ceci avant de poursuivre notre exposé principal. Dans cette section, nous abordons les aspects suivants relativement à notre sujet d'étude :

- le prix de transfert en tant que politique publique;
- la pertinence d'un concept pour compléter l'analyse comparative; et
- la nécessité d'une analyse stratégique.

Le prix de transfert en tant que politique publique

Tout d'abord, la question de la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée entre les sociétés par actions d'une EMN peut être apparentée à l'étude d'une politique publique. Bellavance (1985) suggère la définition suivante d'une politique publique : « [...] les politiques gouvernementales réfèrent simplement à ce que les autorités politiques et administratives, légitimement constituées, décident de faire ou de ne pas faire et à ce qu'elles font en réalité. » (p. 30).⁶¹ En ce qui a trait au principe de pleine concurrence, il nous apparaît souhaitable de s'appuyer sur ce

⁶⁰ Nous reviendrons plus loin sur ce que nous entendons par « expliquer » aux fins de notre exposé. À ce stade, le sens commun de ce terme est suffisant pour la compréhension.

⁶¹ Pour une définition plus détaillée de ce terme, voir les pages 30-34 du même auteur.

que fait le Canada en matière de prix de transfert. Cette approche nous permettra d'illustrer notre exposé dans le contexte canadien, contexte que nous maîtrisons évidemment mieux que le contexte américain ou européen; bref, que tous les autres contextes disponibles.⁶²

Dans le cas du Canada, l'article 247 de la LIR codifie, en termes légaux, l'intention et les objectifs poursuivis par la politique fiscale de l'État en regard du prix de transfert. On y indique notamment que le contribuable, en l'occurrence l'EMN en ce qui nous concerne, doit utiliser des prix de transfert qui respectent le principe de pleine concurrence relativement à ses transactions contrôlées. La LIR prévoit par ailleurs la possibilité de redressements fiscaux par l'administration fiscale en cas d'opérations violant ce principe.⁶³

Cela mis en place, Bellavance (1985) propose une « conception « intégrée » de l'analyse d'une politique publique », un « modèle » (p. 38). Une des caractéristiques de ce modèle est d'intérêt pour bien situer notre exposé : elle a trait à ce qu'il qualifie de « démarche [qui] consiste à découper, pour ainsi dire, l'analyse en phases ou étapes correspondant chacune à des moments importants dans le développement des politiques et des programmes gouvernementaux. » (p. 40). Bellavance (1985) explique que les étapes importantes de cette analyse séquentielle sont : l'émergence d'un problème qui mène éventuellement à l'élaboration, l'adoption, l'implantation, la gestion et l'évaluation d'une politique publique.

La problématique que nous avons exposée établit, selon nous très clairement, le fait suivant : ce sont dans les comportements de l'EMN, suite à la mise en œuvre de la politique de prix de transfert par l'État, que s'observent les manifestations de

⁶² Quant à la taxation unitaire, bien que le recours aux expériences canadienne et américaine en la matière puisse être utile, nous verrons plus loin que c'est principalement dans les dialogues académiques et gouvernementaux que les ressources intéressantes se retrouvent pour l'amorce d'une réflexion analytique plus poussée sur le sujet.

⁶³ Nous aurons l'opportunité de revenir plus loin diverses spécificités propres à l'article 247 de la LIR en ce qui a trait à notre sujet d'étude.

l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État.⁶⁴ C'est donc dans l'étape de l'évaluation d'une politique publique que notre contribution s'insère, une évaluation qualitative qui se veut explicative, de la politique de prix de transfert de l'État.⁶⁵ En d'autres mots, ce n'est pas, selon nous, l'élaboration, l'implantation ou l'administration de la politique actuelle de prix de transfert qui est déficiente, à la manière de ce que soutiennent les pays membres de l'OCDE dans le *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*.⁶⁶ Pas plus que la réponse à l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État ne réside dans l'élaboration et l'implantation d'une nouvelle politique, à l'instar de ce que préconisent les adeptes de la taxation unitaire.⁶⁷

Nous estimons cette précision importante car il serait possible de faire valoir que l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État naît plutôt d'une élaboration, d'une implantation ou d'une administration mal conçue ou imparfaite de la politique actuelle de prix de transfert par l'État, plus ou moins à l'image de la position exprimée par les pays membres de l'OCDE. L'adoption d'une telle perspective nous aurait évidemment amené vers une question de recherche

⁶⁴ L'importance de l'influence du comportement du contribuable n'est pas une idée nouvelle en fiscalité. En science politique, on la retrouve notamment chez Bernard (1992), que nous avons déjà cité, et Tremblay (1998). Mais en général, dans les deux cas, cette idée est exprimée en des termes beaucoup moins spécifiques et moins précis que ce que nous allons développer dans notre exposé relativement au comportement de l'EMN en fiscalité au prochain chapitre.

⁶⁵ Si une catégorisation précise était essentielle, nous serions portés à suggérer que notre démarche contribue à une réflexion sur « l'efficacité » de la politique de prix de transfert, telle que définie par Bellavance (1985) aux pages 216-18, mais en des termes qualitatifs et explicatifs plutôt que statistiques, de causalité ou déterministes.

⁶⁶ Les pays membres énoncent en effet : « Dans la plupart des cas, les entreprises ne font qu'appliquer les règles que les pouvoirs publics eux-mêmes ont instituées. C'est donc aux pouvoirs publics qu'il incombe de revoir les règles en vigueur ou d'en adopter des nouvelles. » (OCDE, « Questions fréquemment posées sur BEPS », Centre de politique et d'administration fiscales, <http://www.oecd.org/fr/ctp/questionsfrequemmentposees.htm>; consulté le 6 décembre 2013).

⁶⁷ Nous aurons l'opportunité de nous expliquer plus en détail un peu plus loin sur cet aspect.

différente et, par conséquent, à conduire l'analyse sur d'autres avenues que celles que nous poursuivrons.

Dans une autre perspective, néanmoins en continuité de l'analyse séquentielle d'une politique publique, parmi les défis généraux d'ordre méthodologique, que cette analyse porte sur l'ensemble ou une seule des étapes, Lindblom et Woodhouse (1968/1993) expliquent qu'elle place le chercheur devant la nécessité de définir un problème à résoudre en des termes reflétant une réalité existante ou encore, dans certains cas, d'inventer le problème à résoudre.⁶⁸ Ce choix n'est évidemment pas sans conséquence sur l'analyse qui en découle, sur le contenu qui sera inclus à cette analyse, sur la façon dont s'effectuera cette analyse.⁶⁹

Selon Selznick (1996), en sciences sociales, les aspects pratiques d'une question de recherche doivent avoir préséance sur les considérations théoriques : la science sociale est ainsi une démarche devant être guidée par des problèmes concrets ou appliqués de la société civile plutôt que des conceptions intellectuelles autogénérées par les chercheurs. Afin d'être vraiment scientifique, selon ce point de vue, la recherche en sciences sociales doit s'engendrer des besoins, tensions et défis présents dans la société civile.⁷⁰ Nous sommes également de cet avis tel que l'a clairement

⁶⁸ Dans le contexte d'une administration publique, expliquent ces auteurs, « aller sur la lune » est l'exemple classique de la création de toutes pièces d'un « problème à résoudre » ayant ensuite fait l'objet d'une politique publique aux États-Unis (pp. 13-14). Par opposition, nous suggérons que « combattre la pauvreté » est un exemple d'un problème concret, davantage « objectif et mesurable », qui a fait l'objet de nombreuses politiques publiques au Canada, incluant par exemple dans l'univers de la fiscalité canadienne, le crédit d'impôt pour la TPS et la TVQ et la prestation universelle pour la garde d'enfants. Au même titre, à l'origine de sa démarche, le chercheur peut ainsi concevoir le « problème » généré par une politique publique d'au moins deux façons : d'un point de vue construit de toutes pièces ou d'un point de vue observable et possiblement mesurable.

⁶⁹ Par exemple, dans le cas du problème concret de « l'équilibre budgétaire des finances publiques » d'un État, il serait possible de concevoir une résolution du point de vue d'un manque à gagner en matière de revenus, de dépenses publiques à réduire ou encore d'une combinaison de ces deux options. Cela impliquerait ainsi des choix précis en termes d'orientation générale pour la résolution de ce problème.

⁷⁰ John Dewey écrivait à ce sujet dans *The Theory of Inquiry* en 1938 : « Any problem of scientific inquiry that does not grow out of actual (or "practical") social conditions is factitious; it is

reflété notre exposé sur la problématique et la formulation de notre question de recherche.

Dans la même veine, le contenu de notre analyse devrait donc révéler des éléments de réponses concrets, dès lors d'une nature autant pratique que théorique, des éléments permettant de répondre à la question de recherche telle que nous l'avons énoncée. Nous reviendrons sur les conséquences d'une méthode analytique qui se concentre en bonne partie sur les aspects pratiques dans la prochaine section. Pour l'instant, limitons-nous à dire que cela implique notamment d'expliquer de quelles façons s'appliquent concrètement le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire du point de vue de l'EMN et de celui de l'État.

Dans un autre ordre d'idées, Lemieux (2009) suggère que l'analyse d'une politique publique peut se concentrer sur l'environnement, la distribution du pouvoir, les idées dominantes, le cadre institutionnel ou le processus de prise de décision (p. 8). La paternité de cette catégorisation est octroyée à Simeon (1976) qui suggère notamment que chacune de ces approches renferme la capacité d'expliquer, quoiqu'aucune ne puisse procurer une pleine compréhension d'une politique publique spécifique.⁷¹ Celui-ci poursuit en suggérant que ces approches sont en fait complémentaires à l'analyse d'une politique publique. Mais la distribution du pouvoir serait néanmoins la plus complexe et la plus intéressante des cinq approches.⁷²

Nous verrons au prochain chapitre que notre comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire fera appel à la question de la distribution du pouvoir telle qu'elle doit se concevoir en fiscalité, ceci en plus de la comparaison

arbitrarily set by the inquirer instead of being objectively produced and controlled. » (Dewey 1938, p. 499 *in* Selznick 1996, p. 270).

⁷¹ En anglais, il suggère : « Each seems to have some capacity to explain patterns of policy, but none alone provides a full understanding. » (p. 566).

⁷² Simeon (1976) exprime ainsi cette idée : « The second model suggests that we explain what governments do by reference to the distribution of interests in the society and the resources available to these interests. Most simply, the pattern of policy will reflect the distribution of power and influence, given certain patterns of division and cleavage. This is at once the most plausible and most complex of the perspectives. » (p. 568).

directe des éléments qui les composent respectivement. Sans prétendre que cette démarche est suffisante à la compréhension pleine et entière du sujet, nous estimons qu'elle dépasse les exigences requises pour expliquer et illustrer en quoi la taxation unitaire est impuissante à résoudre l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État dans l'application du principe de pleine concurrence. Notre affirmation se fonde sur la pertinence d'une analyse stratégique plutôt qu'exhaustive de notre sujet d'étude, aspect que nous allons aborder un peu plus loin dans cette section.

Enfin, pour clore l'optique de l'affiliation du prix de transfert à une politique publique, Lemieux (2009) explique : « [o]n peut étudier les politiques publiques pour faire avancer les connaissances ou on peut les étudier principalement pour améliorer l'action. » (p. 1). Notre comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire s'inscrira essentiellement dans la première approche : faire avancer les connaissances. Notre comparaison vise à expliquer et à illustrer l'impuissance de cette dernière à remplacer ce premier. Mais ce faisant, nous estimons souhaitable d'annoncer dès maintenant qu'il nous sera par la suite ainsi possible d'ouvrir la voie à l'étude d'options alternatives en termes de politique fiscale à l'endroit de l'EMN et des sociétés par actions en général.⁷³

La pertinence d'un concept pour compléter l'analyse comparative

Dans les sous-sections précédentes, nous avons à quelques reprises énoncé notre ambition à « expliquer et illustrer » en quoi les résultats obtenus par l'État, lors de l'application d'une politique de prix de transfert à l'aide du principe de pleine concurrence, des résultats inadéquats en regard de l'objectif poursuivi, ne seraient en rien différents dans le cas d'une mise en œuvre alternative, par le biais de la taxation

⁷³ Options sur lesquelles nous reviendrons brièvement en conclusion. Il s'agirait dès lors de tenter d'améliorer l'action de l'État en regard de la taxation des sociétés par actions, incluant l'EMN.

unitaire. Définissons avec précision ce que nous entendons par « expliquer » aux fins de notre exposé.

Expliquer consiste à « éclaircir, faire comprendre par un développement ». ⁷⁴ Quant à un sujet donné, Pitt (1988) énonce que « les explications devraient nous dire comment fonctionnent les choses; savoir comment elles fonctionnent nous procure la capacité de manipuler notre environnement afin d'arriver à nos fins. » ⁷⁵ Il ajoute que « toute la recherche du monde ne vaut rien si elle ne réussit pas à générer des explications sur le sujet de recherche. » ⁷⁶

Dans le contexte de la science pure, Ullmo (1969) suggère : « [qu'un] monde sans objet reconnaissable, identifiable, qu'on puisse suivre dans le temps, serait proprement un chaos. Les objets de l'expérience vulgaire présentent trop de lacunes et d'apparences changeantes pour organiser ce chaos; ils laissent place aux fantasmagories des mythes et des superstitions. » (p. 152). Il ajoute qu'il faut dès lors remplacer ces objets inadaptés par autre chose, par quelque chose qui saura exprimer une « loi »; en d'autres mots, expliquer un phénomène : « [c]haque loi est relative à un *système isolé*, c'est-à-dire décrit un type d'interaction défini où un objet peut-être engagé, abstraction faite de toutes les interactions qui s'exercent simultanément, qu'on tient ou qu'on rend négligeables. Le corps des lois définit en sommes les *concepts* scientifiques par leurs propriétés opératoires. » [*italiques dans le texte*] (p. 156). Pour les sciences sociales, Winch (1958/1990) écrit :

« À moins que n'existe une forme de compréhension qui ne soit pas le résultat de l'explication, rien de tel qu'une explication n'est possible. On ne fait appel à une explication que là où existe, ou, à tout le moins, là on l'on pense qu'existe, une

⁷⁴ Définition commune du mot « expliquer » (Larousse encyclopédique, Vol. 8, *Librairie Larousse*, 1979, p. 3518).

⁷⁵ En anglais : « [...] explanations are supposed to tell us how things work and knowing how things work gives us the power to manipulate our environment to achieve our own ends [...] » (p. 7).

⁷⁶ En anglais : « All the research in the world counts for nothing if it fails to generate explanations of the domain under investigation. » (p. 7).

déficience dans la compréhension. Mais on doit disposer d'un standard, à l'aune duquel cette déficience doit être mesurée; et ce standard ne peut consister qu'en une compréhension dont nous disposons déjà. Qui plus est, la compréhension dont nous disposons déjà est exprimée dans des concepts qui constituent la forme de l'objet dont nous nous occupons. D'un autre côté, ces concepts expriment des aspects de la vie caractéristiques de ceux qui les appliquent. » (p. 37).⁷⁷

Considérées à partir de ces affirmations, deux réflexions s'imposent sur ce que signifie « expliquer ». D'abord, expliquer a pour objectif d'amener à comprendre; ensuite, la démarche consistant à expliquer risque fortement d'être influencée par les biais et les valeurs du chercheur.

Dans un premier temps, expliquer a pour objectif d'amener à comprendre. Nous avons déjà énoncé que la problématique précédemment exposée a permis d'établir, selon nous, que le comportement de l'EMN engendre et cultive l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État dans le système de fiscalité internationale actuel. L'idée, pour ne pas dire la croyance, que la taxation unitaire peut venir éliminer l'inadéquation identifiée témoigne à notre avis d'une profonde incompréhension du comportement de l'EMN en fiscalité internationale.

Ainsi, en plus de la comparaison des éléments spécifiques au principe de pleine concurrence et à la taxation unitaire, c'est par l'utilisation d'un concept, pertinent à la compréhension du comportement de l'EMN, que nous serons en mesure de mieux comprendre, d'expliquer, en quoi remplacer le principe de pleine concurrence par la taxation unitaire ne résout pas l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État. La notion de « concept », comme nous le savons tous, trouve application en science politique.

⁷⁷ « Dans la préface à la seconde édition originale anglaise, on peut lire : « An explanation is called for only where there is, or is at least thought to be, a deficiency in understanding. But there has to be some standard against which such deficiency is to be measured: and that standard can only be an understanding that we already have. Furthermore, the understanding we already have is expressed in the concepts which constitute the form of the subject matter we are concerned with. These concepts on the other hand also express certain aspects of the life characteristic of those who apply them. » (Winch, Peter, 1958/1990, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, 2^e édition, Routledge (MyiLibrary), 1990, p. x).

Mais, dans un deuxième temps, avant d'en venir directement au concept à développer, puisque nous naviguons dans l'univers de la science sociale, le danger que nos propres biais et jugements de valeur viennent potentiellement contaminer notre analyse subsiste. Strauss (1957) souligne à cet effet :

« Les hypothèses concernant la nature politique des choses, celles qui sont implicitement incluses dans la connaissance des choses politiques, ont le caractère d'opinions. C'est uniquement lorsque ces hypothèses sont insérées dans une analyse critique et cohérente de la chose politique qu'une approche philosophique ou scientifique peut émerger. »⁷⁸

Certes, expliquer, illustrer et mettre en comparaison, comme nous entendons le faire, est ainsi possible en examinant les éléments spécifiques au principe de pleine concurrence et à la taxation unitaire. Cette comparaison constitue une analyse « critique et cohérente » répondant à la condition suggérée par Strauss, ceci comme nous l'avons aussi vu chez Remaud, Schaub et Thireau (2012). Dans les faits, un tel processus comporte peu de difficultés en soi au plan pratique, outre évidemment la maîtrise de ce que sont le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire en eux-mêmes. Appuyé sur les éléments qui les caractérisent respectivement, ce processus de comparaison des deux systèmes peut donc s'accomplir sans grand risque de contamination par nos propres jugements de valeur, sans être influencé par notre préférence pour l'un ou l'autre de ces systèmes. Il nous est dès lors possible d'expliquer et d'illustrer avec rigueur les éléments comparables et divergents du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire.

Cela dit, expliquer, illustrer et mettre en comparaison exige également, selon nous, que nous nous dotions d'un concept, d'un instrument qui sera apte à générer des explications supplémentaires, des explications complémentaires à la comparaison

⁷⁸ En anglais : « The assumptions concerning the nature of political things, which are implied in all knowledge of political things, have the character of opinions. It is only when these assumptions are made the theme of critical and coherent analysis that a philosophic or scientific approach to politics emerges. » (p. 345).

directe des deux systèmes, histoire de ne pas sombrer dans le discours polémique quant à la faisabilité de la taxation unitaire ou lors d'une critique du principe de pleine concurrence. Ce besoin est rendu nécessaire afin de comprendre et d'expliquer avec rigueur le comportement de l'EMN en fiscalité d'abord, en fiscalité internationale plus précisément. Ces explications additionnelles nous indiqueront en quoi remplacer le principe de pleine concurrence par la taxation unitaire ne résout pas le problème de l'inadéquation des objectifs poursuivis et des résultats obtenus par l'État relativement à sa politique de prix de transfert.

Ce concept aura pour objectif d'instaurer de l'ordre dans l'analyse du comportement de l'EMN en fiscalité internationale, d'organiser la comparaison de cet aspect « comportement de l'EMN » tel qu'il se produit dans le système actuel et qu'il pourrait bien se reproduire dans le système alternatif de la taxation unitaire. En d'autres mots, notre défi consiste à définir un « concept de pouvoir » qui puisse se prêter à un exercice analytique de comparaison des manières dont celui-ci s'exerce actuellement par l'EMN dans le système guidé par le principe de pleine concurrence et qu'il s'exercerait dans un système fondé sur la taxation unitaire.⁷⁹ À cette fin, le prochain chapitre définira le concept qui nous sera essentiel pour compléter la comparaison directe entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire : le « pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale ».

En science politique, le concept occupe une place centrale dans la conduite de la recherche. Isaak (1981) explique : « les concepts sont utilisés pour décrire les phénomènes politiques ». ⁸⁰ Celui-ci développe une hiérarchie des concepts : vient d'abord le concept utile à la classification, ensuite le concept utile à la comparaison,

⁷⁹ Cette idée nous vient de Dahl (1957) qui explique : The main problem, however, is not to determine the existence of power but to make comparisons. » L'auteur présente le problème du point de vue de la comparaison du pouvoir de deux individus. Nous estimons que le défi demeure pertinent à l'analyse comparative de l'exercice d'un pouvoir spécifique dans deux types de situations distinctes.

⁸⁰ En anglais : « Concepts are used to describe political phenomena [...] » (p. 83).

enfin le concept apte à la mesure (la quantification).⁸¹ Tel que nous le définirons au prochain chapitre, nous utiliserons un « concept utile à la comparaison » au sens où l'entend Isaak (1981). Un concept utile à la comparaison permet, comme son nom l'indique, d'effectuer la comparaison entre plusieurs choses.

Isaak (1981) précise cependant que tous les concepts, même utiles à la comparaison, ne sont pas égaux, ne possèdent pas la même utilité scientifique pour la recherche. Un « bon » concept, c'est-à-dire un concept utile à la recherche, doit de plus être un concept « nominal », un concept fondé sur des éléments qui peuvent être observés objectivement.⁸² Nous allons donc définir notre concept afin d'en dégager des éléments constitutifs pouvant s'observer objectivement dans la réalité. En respectant ces conditions d'élaboration du concept, cela devrait nous prémunir des risques que nos propres biais et jugements de valeur viennent souiller notre analyse.

Soutenue par notre concept du pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale, l'analyse des comportements de l'EMN consistera à expliquer comment et en quoi ceux-ci nuisent à l'application du principe de pleine concurrence et à identifier leurs impacts potentiels sur une éventuelle politique de prix de transfert de l'État fondée sur la taxation unitaire. De ce fait, l'examen du pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale complètera la comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire, comparaison requise pour répondre à la question de recherche.⁸³

⁸¹ Pour plus de détails, voir Isaak (1981), pages 83-89.

⁸² En anglais, il explique : « Concepts are used to describe the world as we observe it, and so the very notion of essentiality is foreign to science. A nominal definition then takes the form : « power » (the name of the concept) = characteristics X, Y and Z. [...] In the case of a nominal definition, [...] a configuration of empirical characteristics is observed and described, or postulated and assigned a label. » (pp. 75-76).

⁸³ Dans sa finalité, Isaak suggère que le concept utile à la comparaison peut aussi amener la possibilité de la généralisation, soit à l'induction telle que l'a définie Aktouf (1987) ou encore à une « loi » tel que l'entendrait Ullmo (1969).

La nécessité d'une analyse stratégique

Il y a quelques pages, nous avons suggéré que notre démarche de recherche serait, dans sa finalité, suffisante pour expliquer et illustrer en quoi la taxation unitaire est impuissante à résoudre l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État dans l'application du principe de pleine concurrence. Bref, pour soutenir notre thèse. C'est l'emploi d'une analyse comparative stratégique qui nous permet de justifier cette affirmation.

Lindblom (1979) a, le premier, soutenu que l'analyse en science politique devrait être stratégique plutôt qu'exhaustive. La sélectivité à bien des égards, faire des choix, est nécessaire au chercheur s'il entend mener à bien sa recherche dans un espace-temps forcément limité, sur un sujet complexe, dans un environnement où les possibilités et les options sont nombreuses et diverses.⁸⁴

⁸⁴ Lindblom écrit « The case for strategic analysis as a norm or ideal is simple: No person, committee, or research team, even with all the resources of modern electronic computation, can complete the analysis of a complex problem. Too many interacting values are at stake,⁸ too many possible alternatives, too many consequences to be traced through an uncertain future—the best we can do is achieve partial analysis or, in Herbert Simon's term, a "bounded rationality."⁹ [...] I suggest that, failing to grasp this point, analysts who think in the older conventional way about problem solving pretend to synopsis; but knowing no way to approximate it, they fall into worse patterns of analysis and decision than those who, with their eyes open, entertain the guiding ideal of strategic analysis. » (p. 518). Les notes 8 et 9 à la citation n'ajoutent pas à la conception suggérée. Nous serions tentés de mettre en opposition cette conception avec la méthode scientifique de Descartes qui repose sur quatre « préceptes » passablement plus ambitieux :

« Le premier était de ne recevoir jamais aucune chose pour vraie, que je ne la connusse évidemment être telle : c'est-à-dire, d'éviter soigneusement la précipitation et la prévention; et de ne comprendre rien de plus en mes jugements, que ce qui se présenterait si clairement et si distinctement à mon esprit, que je n'eusse aucune occasion de la mettre en doute.

Le second, de diviser chacune des difficultés que j'examinerais, en autant de parcelles qu'il se pourrait, et qu'il serait requis pour les mieux résoudre.

Le troisième, de conduire par ordre mes pensées, en commençant par les objets les plus simples et les plus aisés à connaître, pour monter peu à peu, comme par degrés, jusqu'à la connaissance des plus composés; et supposant même de l'ordre entre ceux qui ne se précèdent point naturellement les uns les autres.

Et le dernier, de faire partout des dénombrements si entiers, et des revues si générales, que je fusse assuré de ne rien omettre. » (Descartes, René, 1637, Discours de la méthode, GF-Flammarion, Paris, 1966 [1992], pp. 39-40).

Envisagé comme une politique publique, nous avons situé notre exposé dans les possibilités qu'offre ce type d'exercice. Pour mener à terme notre démarche, nous avons également déjà souligné que le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire se décomposent en plusieurs éléments constitutifs.⁸⁵ Sur ce point précis, nous verrons dans les chapitres 3 et 4 de notre exposé que chacun de ces éléments est riche en composantes constitutives. L'étude stratégique de ces composantes constitutives nous obligera donc à une certaine sélectivité afin d'effectuer notre exercice de comparaison, notre analyse comparative.

Mais le lecteur ne devra pas y voir là une simplification imprudente de notre sujet de recherche. Cette approche, la sélection des composantes constitutives des éléments qui seront traitées, s'expliquera par la nécessité d'effectuer notre comparaison tout en composant avec les obstacles significatifs qu'implique l'exposition du sujet sans sombrer dans la technique fiscale ou la multiplication des nuances à considérer.

Dans le même ordre d'idées, nous venons d'énoncer que le prochain chapitre définira le concept qui nous sera essentiel pour compléter la comparaison directe entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire : le pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale. À ce sujet précis, nous constaterons qu'une fois ce concept bien établi et campé, ses applications pratiques peuvent être très nombreuses. L'étude stratégique des manifestations et des conséquences de ce concept nous contraindra de nouveau à l'exercice d'une certaine sélectivité afin de compléter notre analyse.

⁸⁵ Dans le premier cas, « les facteurs de comparabilité », « la sélection d'une méthode de prix de transfert » et « la recherche d'entités comparables »; dans le second, « la détermination de l'entreprise unitaire », « le calcul du profit comptable consolidé » et « l'application d'une formule de partage de profits ».

1.5 Structure de l'argumentation

Ces obstacles envisagés et l'ensemble de nos choix en termes de méthode maintenant exposés, l'application de la méthode analytique à notre sujet de recherche exige la mise en relation de divers types et sources d'informations. Par conséquent, nous ferons une analyse principalement qualitative de notre sujet à l'aide de livres, d'articles scientifiques, de publications gouvernementales et d'articles de l'actualité lorsque cela est pertinent. Nous utiliserons, presque toujours, des sources primaires sur les différentes facettes de notre objet d'étude et, dans les cas où les documents d'origine sont introuvables ou non disponibles de façon économique, des sources secondaires appuyées sur les sources primaires en question.

Par ailleurs, malgré que nous suivions une méthode analytique stricte dont les balises sont décrites plus haut, nous n'hésiterons pas à mettre en relations des contributions provenant de plusieurs disciplines relatives à notre sujet d'étude. Dans la pratique, la fiscalité internationale touche de très nombreux domaines d'activités. Les questions du prix de transfert, du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire ont été abordées, de façon directe ou indirecte, dans de nombreux champs disciplinaires : science économique, science politique, sociologie, sciences administratives, fiscalité, etc. Nous ne pourrions, selon nous, ignorer certains de ces domaines sans risquer de nuire à la qualité de notre analyse.⁸⁶

Nous ferons donc appel à diverses contributions notamment en science politique, science économique, fiscalité et sciences comptables. Tel que mentionné

⁸⁶ La critique de la méthode scientifique moderne par Feyerabend (1975) n'est pas étrangère à notre choix et nos prédispositions en la matière. Celui-ci critique notamment la tendance, plus ou moins prononcée, aux « cloisonnements » en recherche :

« L'éducation scientifique que nous connaissons aujourd'hui a précisément ce dernier but [soumission à des règles strictes et immuables]. Tout d'abord, un domaine de recherche est défini. Ce domaine est séparé du reste de l'histoire (la physique, par exemple, est séparé de la métaphysique et de la théologie) et reçoit une « logique » qui lui est propre. Une formation poussée dans une telle « logique » conditionne alors ceux qui travaillent en ce domaine; cela rend leurs actions plus uniformes [...] Un facteur essentiel de cette formation [...] consiste à inhiber les intuitions qui pourraient conduire à un estompage des frontières. » (pp. 15-16).

précédemment, notre approche générale va se concentrer principalement sur les aspects pratiques de notre sujet de recherche, suivant ce que suggère Selznick (1996). Ainsi, bien que notre exposé n'ait pas la prétention d'enseigner la technique fiscale du prix de transfert au lecteur, il nous faudra tout de même illustrer les diverses péripéties qu'implique la détermination d'un prix de transfert d'une transaction contrôlée, à l'aide du principe de pleine concurrence et, ensuite, le mode d'application d'un éventuel système de taxation unitaire, si l'on souhaite effectuer une comparaison valable et satisfaisante des deux systèmes de fiscalité internationale.

Quelques provisions de la LIR, des extraits de textes fondamentaux en fiscalité internationale et un certain nombre de calculs simples seront donc également inclus dans le texte. Lorsque pertinent, nous ferons aussi usage de la jurisprudence canadienne pour illustrer nos propos. Enfin, nous utiliserons un cas fictif tout au long de notre exposé à travers lequel nous guiderons le lecteur dans la comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire, ceci afin d'illustrer et de faciliter la compréhension.⁸⁷

Tous ces jalons maintenant posés, voici en quoi consistera la structure de notre argumentation telle qu'elle sera exposée dans les trois chapitres qui suivent. Le deuxième chapitre porte sur la définition du concept du « pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale », un concept qui nous sera utile à la comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire. En effet, en plus de la comparaison des éléments spécifiques au principe de pleine concurrence et à la taxation unitaire, ce concept viendra, comme nous l'affirmions plus haut, « instaurer de l'ordre dans l'analyse du comportement de l'EMN en fiscalité internationale », en plus d'organiser la comparaison du comportement de l'EMN dans le système actuel et dans le système fondé sur la taxation unitaire.

⁸⁷ Il va de soi que nous mettrons également à contribution notre expérience professionnelle acquise à titre de praticien au cours des douze dernières années dans la spécialité du prix de transfert.

Le troisième chapitre traite du principe de pleine concurrence. Nous y présentons ses trois éléments constitutifs : « les facteurs de comparabilité », « la sélection d'une méthode de prix de transfert » et « la recherche d'entités comparables ». Pour ce faire, nous examinons donc plusieurs composantes de ces éléments constitutifs. Tout au long de la présentation, le comportement de l'EMN est également analysé à l'aide du concept du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale. Cela nous permet ainsi d'introduire au lecteur plusieurs des stratégies disponibles à l'EMN pour exercer son pouvoir procédural. Ces stratégies sont illustrées à l'aide d'un cas fictif et de la jurisprudence canadienne pertinente. L'exposé nous sert de la sorte à articuler les origines et les causes de l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État en fiscalité internationale, inadéquation qui résulte de la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée dans le système actuel.

Le dernier chapitre traite de la taxation unitaire. Nous y définissons la notion « d'entreprise unitaire ». Ensuite, le « calcul du profit comptable consolidé » aux fins de la taxation unitaire est développé. Nous terminons avec un examen de la notion de « formule de partage de profits », méthode avec laquelle s'appliquerait la taxation unitaire dans un système renouvelé de fiscalité internationale. Tout au long de notre présentation, nous amorçons notre exposé par la définition et l'explication de l'élément constitutif de la taxation unitaire pour ensuite, d'une part, le mettre en comparaison avec son pendant du principe de pleine concurrence et, d'autre part, examiner comment le pouvoir procédural de l'EMN trouve application dans un système de taxation unitaire. Les explications sont de nouveau illustrées à l'aide du même cas fictif, tel qu'il se manifesterait alors dans le nouveau système, et en faisant appel à certains éléments pertinents de la jurisprudence canadienne.

L'ensemble de cette démarche logique nous amène à expliquer et illustrer l'incapacité de la taxation unitaire à résoudre l'inadéquation observée entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État en fiscalité internationale

compte tenu des comportements de l'EMN et des ressemblances entre les deux systèmes; en d'autres mots, à soutenir la thèse que nous défendons.

CHAPITRE II

LE POUVOIR EN FISCALITÉ INTERNATIONALE

2.1 Introduction

Ce chapitre s'intéresse au cadre analytique qui facilitera la compréhension des comportements de l'EMN face à l'État dans l'univers de la fiscalité internationale.¹ Celui-ci permettra d'expliquer, d'approfondir et d'illustrer les comportements de l'EMN pour, par la suite, nous amener à en saisir les tenants et aboutissants relativement à notre question de recherche, plus précisément en ce qui a trait à l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État dans sa politique fiscale de prix de transfert.

Dans l'état actuel des choses, nous verrons sous peu que la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée entre des sociétés par actions est envisagée dans l'univers de la science économique néoclassique. Cette démarche se traduit donc, de façon stylisée, par l'analyse d'un calcul de la maximisation du profit par un agent parfaitement rationnel, l'EMN, détenant une information parfaite et œuvrant dans une situation de pleine concurrence, au sens économique du terme. En d'autres mots,

¹ Nous préférons cette expression à celle de « cadre théorique » puisqu'il s'agit d'appliquer la méthode analytique à notre sujet de recherche.

l'EMN est généralement perçue, à juste titre, comme une organisation qui se préoccupe de maximiser ses profits.² Du point de vue de la fiscalité internationale, puisque l'EMN a pour objectif de maximiser la richesse de ses actionnaires, il en résulte qu'elle doit viser à minimiser sa charge d'impôts et de taxes à payer mais tout en respectant les lois et règles existantes. Nous reviendrons longuement sur cet aspect de la minimisation de l'impôt dans les sections à venir.

Ce chapitre est organisé de la façon suivante. Nous entamons l'exposé par une brève recension des écoles de pensée en prix de transfert. Cela nous amène à nous interroger sur les deux notions, développées en science politique, que sont l'autorité et le pouvoir tels qu'applicables à notre sujet d'étude. Nous débutons par leur examen relativement à l'État, ensuite à l'EMN, dans le domaine de la fiscalité. L'autorité et le pouvoir sont donc mis en contexte en fiscalité et plus précisément en fiscalité internationale. Nous définissons par la suite le concept du « pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale », un concept qui nous permettra une analyse systématique du comportement de l'EMN dans un système fondé sur le principe de pleine concurrence et le système alternatif de la taxation unitaire. Nous établissons de la sorte une série de balises objectives pertinentes à un approfondissement de la comparaison des éléments constitutifs du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire. L'utilisation de ce concept vient dès lors compléter et, selon nous, significativement enrichir la qualité de cette comparaison.

² Scitovszky (1943) a fait une élégante démonstration de cette hypothèse désormais rarement remise en cause.

2.2 Les écoles de pensée en prix de transfert

Dans le cadre précis de la détermination d'un prix de transfert, il existe plusieurs écoles de pensée. Borkowski (1990) suggère la classification suivante de ces écoles :

« [...] les méthodes de prix de transfert peuvent être classifiées comme : 1) les modèles économiques; 2) les prix négociés; 3) la programmation linéaire; 4) les approches behavioristes [...]; et 5) les méthodes fondées sur les coûts qui possèdent peu de fondements théoriques. »³

L'école des modèles économiques trouve ses origines anglo-saxonnes chez Cook (1955), Dean (1955) et Hirschleifer (1956). Mais dès le milieu du XIX^e siècle, plusieurs auteurs italiens s'interrogeaient déjà sur la question de la détermination des prix de transfert. Mura et Emmanuel (2010) expliquent que ces précurseurs italiens prônaient, à cette époque, des méthodes fondées sur les prix de marché disponibles ou les coûts de l'entreprise. Plus près de nous, Cook (1955) passe en revue les cinq principales méthodes de prix de transfert qui seront incluses à la section 1-482 de l'*Internal Revenue Code*, l'équivalent américain de la LIR canadienne, aux débuts des années 1960 aux États-Unis. Ces cinq méthodes sont fondées sur les prix de marché disponibles à l'EMN. Dean (1955) analyse longuement chacune des cinq méthodes et identifie les avantages et les inconvénients de celles-ci à l'image de ce que le praticien retrouvera, un quart de siècle plus tard en 1979, dans la première édition des Principes de l'OCDE dont le langage utilisé est étonnamment semblable à ces deux articles.⁴ Cette première vague de modèles économiques s'intéresse à la

³ En anglais : « [...] transfer pricing methods can be loosely classified as: 1) economic models; 2) negotiated pricing; 3) mathematical programming; 4) behavioral approaches [...]; and 5) cost-based methods, which do not have as much theoretical support as the prior four groups. » (p. 79).

⁴ Toutefois, nous n'avons pas été en mesure d'établir si ces articles sont effectivement les précurseurs formels et « scientifiques » de l'affirmation qu'un prix de marché, donc une situation de pleine concurrence, est la meilleure façon de déterminer un prix de transfert d'une transaction contrôlée entre des sociétés membres d'une EMN tel que véhiculé par l'OCDE depuis les années 1960.

maximisation du profit total de l'EMN opérant dans plusieurs pays. Hirschleifer (1956) explique :

« Cet article s'intéresse au problème des prix des biens ou des services qui sont échangés entre les départements d'une firme et comment ces prix devraient être déterminés de façon à inciter chaque département à agir de manière à maximiser le profit de la firme prise dans son ensemble. »⁵

La réponse suggérée à ce problème par Hirschleifer exclut néanmoins la dimension fiscale de l'équation. Une deuxième vague de modèles économiques, Horst (1971), Copithorne (1971) et Bond (1980), introduit, dans le problème de la maximisation du profit de l'EMN, l'arbitrage possible entre les taux d'imposition statutaires auxquels sont assujetties les entités de l'EMN. Mais cet élément est considéré comme étant une contrainte dans le problème de la maximisation et non pas comme une variable de cette maximisation du profit par l'EMN.⁶

Les deuxième et troisième écoles, celles des prix négociés et de l'approche behavioriste, s'inspirent de modèles économiques dits classiques. L'école des prix négociés est une interprétation moderne faisant appel à la théorie de la contingence tandis que les approches behavioristes s'appuient sur la théorie de la décision en organisation. Ces écoles se sont ainsi développées à partir de modèles économiques analysant le processus de formation des prix par le biais des interactions entre l'offre et la demande sur un marché donné. Les travaux de Watson et Baumler (1975), Bailey et Boe (1976), Ackelsberg et Yukl (1979) et Swieringa et Waterhouse (1982) évoquent ces deux courants de pensée. Plus récents, les travaux de Spicer (1988),

⁵ En anglais : « This paper is concerned with the problem of pricing the goods and services that are ex-changed between such divisions within a firm and with how these prices should be set in order to induce each division to act so as to maximize the profit of the firm as a whole. (p. 2) »

⁶ Dans un modèle économique, une contrainte vient limiter ou restreindre le problème de la maximisation tandis qu'une variable contribue à cette maximisation. La nuance n'est donc pas sans importance.

Meer-Kooistra (1994), Luft et Libby (1997), Ghosh (2000) ainsi que Baldenius (2000) s'inscrivent dans les mêmes courants théoriques.

Dans ces deux écoles de pensée, l'objectif consiste à expliquer la négociation, une négociation présumée, des prix de transfert qui se déroule entre la maison-mère et ses filiales, négociation menant à la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée. Pour ces écoles de pensée, la détermination du prix de transfert est ainsi une question purement managériale, une question liée à la gouvernance interne de l'EMN. Borkowski (1992) explique :

« Chaque décision est tributaire d'une combinaison unique des caractéristiques organisationnelles et de l'environnement international de l'EMN. La théorie de la contingence présuppose que chaque EMN choisira un prix de transfert optimal, dans une situation donnée, domestique ou internationale, compte tenu de ces caractéristiques. En conséquence, il n'existe pas un prix de transfert spécifique pouvant être prescrit à toutes les EMN. » ⁷

Ce « monopole », en matière d'informations, que possède l'EMN lors du calcul du prix de transfert d'une transaction contrôlée est factuel. Il s'explique simplement par la capacité d'internalisation des coûts, une capacité typique à l'EMN sur laquelle nous reviendrons plus loin.

Une quatrième école de pensée, populaire dans les années 1960 et 1970, est celle de la programmation linéaire. Comme l'explique Abdel-khalik and Lusk (1974), les modèles matriciels étaient particulièrement prisés par les chercheurs lors des débuts de la commercialisation de l'ordinateur dans les années 1960. La capacité de calculs de ces « nouvelles » machines laissait envisager qu'après avoir identifié la bonne matrice d'équations, on serait en mesure de résoudre tout système dynamique

⁷ En anglais : « Each decision is determined by the unique combination of environmental international and organizational characteristics of an MNC. Contingency theory posts that each MNC will choose the optimal transfer price for a given situation whether domestic or international based on this singular combination of characteristics. Consequently, no one correct transfer price can be prescribed for all MNCs. » (p. 35).

d'équations. Appliqué au problème de la détermination du prix de transfert en EMN, les auteurs observent néanmoins que chaque transaction contrôlée amène ses problèmes particuliers. Ainsi, sans accès à suffisamment de données empiriques, la modélisation produite ne pourra qu'être douteuse; tout comme les résultats qui en dériveront. Cette école de pensée est dès lors intéressante d'un point de vue historique plutôt que pratique ou théorique.

La cinquième école de pensée identifiée est d'une nature purement appliquée : ce sont les méthodes de calculs du prix de transfert appuyées sur les coûts de l'entreprise. Dans cette optique, les prix de transfert ne seraient que le résultat de la matrice des coûts véritablement engagés par l'entreprise.⁸ Il s'agit donc d'une école de pensée du « cas par cas », sans contenu théorique, en ce qui a trait à la détermination du prix de transfert. Elle inclut également les contributions qui s'intéressent aux contrôles de gestion interne des prix de transfert de l'EMN dans une perspective de conformité aux lois fiscales. Cools, Emmanuel et Jorissen (2008) ainsi que Cools et Slagmulder (2009) sont des exemples intéressants sur cet aspect précis.⁹

Nous sommes d'avis qu'une sixième école de pensée peut être identifiée dans la recherche sur les prix de transfert. Il s'agit de l'approche marxiste. Cette école de pensée, d'abord économique, offre une perspective anticonformiste sur la question des prix de transfert. Cependant, très peu d'idées utiles à la compréhension de la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée entre des sociétés par actions en ressortent si ce n'est que l'EMN serait en position de force dans sa relation avec l'État.¹⁰

⁸ Benke, Ralph L. et James Don Edwards, 1980, *Transfer Pricing: Techniques and Uses*, National Association of Accountants, New York, est un exemple d'écrit à ce sujet.

⁹ Dans une certaine mesure, nous pourrions également associer cette école de pensée à celles des prix négociés et de l'approche behavioriste présentées plus haut.

¹⁰ Armstrong (1998) présente une recension d'écrits sur ce courant de pensée, incluant les quatre contributions suivantes : 1) Murray, Robin, 1981, « Transfer Pricing and Its Control: Alternative Approaches » in Murray, Robin, éd., *Multinationals Beyond the Market*, Harvester Press, Sussex; 2) Evans, D., 1977, « Intra-Firm Transactions and the Circuits of Capital: a Note », in UNCTAD/IDS

Chez toutes les écoles de pensée recensées, nous constatons que la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée est une question économique, au sens traditionnel de cette science, dans son contenu théorique et pratique. En d'autres mots, cette brève recension des écoles de pensée met clairement en évidence que la question de la fiscalité n'occupe pas une place significative dans l'analyse. Au mieux, elle est considérée comme une contrainte lors du calcul du profit de l'EMN et donc in extenso dans le problème du prix de transfert. Les nombreuses études empiriques présentées au premier chapitre illustrent pourtant l'importance de la fiscalité dans le comportement de maximisation du profit de l'EMN. Il nous faut dès lors conduire différemment notre réflexion afin de construire un cadre analytique pertinent au sujet de recherche, un cadre qui viendra compléter la comparaison des éléments constitutifs du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire.

Notre examen des écoles de pensée en prix de transfert a tout de même offert deux idées qui méritent davantage d'attention. D'un côté, la notion, introduite par les auteurs de l'école marxiste, d'une EMN en position de force face à l'État en fiscalité internationale. De l'autre, le « monopole », en termes d'informations, que possède l'EMN lors du calcul du prix de transfert d'une transaction contrôlée, tel que l'explique Borkowski (1992).¹¹

Conference, *Intra-firm Transactions and their Impact on Development and Trade, Conference proceedings report*; 3) Tinker, Anthony M., 1984, « Theories of the State and the State of Accounting: Economic Reductionism and Political Voluntarism in Accounting Regulation Theory », *Journal of Accounting and Public Policy*, Vol. 3, No. 1, pp. 55-74; et 4) Tinker, Anthony M., 1985, *Paper Prophets: A Social Critique of Accounting*, Holt, Reinhart and Winston, New York.

¹¹ Ce monopole s'apparente plutôt à une situation d'asymétrie de l'information sur laquelle nous reviendrons plus loin. Mais notons immédiatement qu'en microéconomie, le problème de l'asymétrie de l'information entre agents économiques a d'abord été exposé par Akerlof (1970). L'asymétrie de l'information a donné naissance aux théories de l'agence et autres théories modernes de l'économie industrielle qui s'intéressent au fonctionnement de l'entreprise privée (généralement aux modes d'offre de biens et services). Ces travaux spécifiques au problème de l'asymétrie de l'information sont aussi utilisés dans le domaine de l'assurance où l'assureur fait face à un client possédant de l'information non divulguée. On retrouve également cette notion en finance. Il n'existe cependant aucune application systématique en fiscalité internationale, encore moins au domaine des prix de transfert. Au mieux, on pourrait prétendre que l'asymétrie de l'information est utilisée dans l'analyse de la fixation du prix de transfert par la firme dans le contexte de la comptabilité de management. Mais cela, sans égard aux

Cela nous amène à introduire les notions d'autorité et de pouvoir dans la réflexion. Dans le système westphalien, seuls les États sont considérés en position d'autorité et de pouvoir.¹² Cependant, envisagées du point de vue de la science politique, ces deux idées, l'EMN en position de force et l'existence d'un monopole en termes d'informations, ont pour point commun de remettre en question le fait que l'État possède à lui seul toute l'autorité et tout le pouvoir dans le système de la fiscalité internationale.¹³ Dans les pages qui suivent, nous allons donc nous appliquer à développer le concept suivant : le pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale. Tel que brièvement expliqué lors de notre exposé sur la méthode, ce concept nous sera essentiel pour compléter la comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire.

2.3 Le pouvoir et l'autorité de l'État en fiscalité

Le « pouvoir » est probablement l'un des concepts les plus importants et les plus étudiés en science politique. Mais la notion « d'autorité » est également présente dans les écrits de nombreux auteurs. Commençons par offrir une différenciation acceptée, dans les travaux portant sur le sujet, de ces deux termes. Hall et Biersteker (2002a)

conséquences fiscales comme nous venons de l'exposer dans la présentation des écoles de pensée en prix de transfert.

¹² Gyarmati (2010) définit ainsi le système westphalien : « States have the absolute monopoly of legitimate large-scale use of force and they are the sole subjects of international law. All national and international institutions – international law, international organizations, armies, etc. – have been created to address and deal with the challenges posed by states. » (pp. 40-41). Battistella (2006) explique : [...] la guerre de Trente Ans se termine [...] par les traités de Westphalie qui consacrent le triomphe de l'État comme forme privilégiée d'organisation politique des sociétés caractérisée par les deux principes de la souveraineté externe (*rex est imperator in regno suo* : aucun État ne reconnaît d'autorité au-dessus de lui et tout État reconnaît tout autre État comme son égal) et de la souveraineté interne (*cujus regio, ejus religio* : tout État dispose de l'autorité exclusive sur son territoire et la population qui s'y trouve et aucun État ne s'immisce dans les affaires internes d'un autre État). » (p. 22). Pour une introduction historique détaillée à la provenance de ce système, voir Gantet (2000).

¹³ Dans la discipline des relations internationales, Kobrin (2002) résume bien cette idée largement acceptée : « In the Westphalian system, states are assumed to be the only legitimate sources of political authority. » (p. 57). Mais comme il l'explique, le phénomène de la mondialisation est venu ébranler ce « monopole » possédé par l'État.

suggèrent que « l'autorité est l'expression ou une forme institutionnalisée de pouvoir. Ce qui différencie l'autorité du pouvoir, c'est la légitimité qui accompagne l'autorité. » ¹⁴ Légitimité signifie donc que cette autorité, au sens conventionnel, est de plus de nature publique, reconnue comme telle par les acteurs. L'autorité bénéficie d'une reconnaissance sociale; elle est acceptée des acteurs constituant la société civile. ¹⁵ En d'autres mots, cela nous indique qu'il est possible d'avoir et d'exercer un pouvoir, que celui-ci soit légitime ou non. Le pouvoir peut ainsi être d'une nature privée ou publique. Cependant, l'autorité se distingue du pouvoir car, selon cette définition, elle existe, est possédée et s'exerce lorsqu'elle est légitime et publiquement reconnue.

Cette distinction maintenant bien campée entre les notions de pouvoir et d'autorité, avant de poursuivre, nous croyons également utile de rappeler les propos tenus par Dahl (1973) :

« L'analyse du « pouvoir » n'est pas une simple entreprise de théorisation, mais un travail d'une haute importance pratique. Car notre façon d'agir dans la vie politique dépend largement de nos croyances à l'égard de la nature, de la distribution, et des pratiques de « pouvoir » qui caractérisant le système politique auquel nous sommes confrontés. Si l'on agit en croyant que le pouvoir est plutôt largement réparti au sein de la communauté, alors qu'en fait il est hautement concentré, ou si l'on agit en supposant que le pouvoir est entre les mains de quelques-uns, alors qu'en réalité il est réparti entre une grande variété d'individus et de groupes qui doivent négocier, marchander, convaincre et séduire afin d'atteindre leurs buts, alors on risque de commettre de sérieuses erreurs politiques. » ¹⁶

¹⁴ En anglais, ils écrivent : « While power and authority are closely related, authority is used here to refer to institutionalized forms or expressions of power. What differentiates authority from power is the legitimacy of claims of authority. » (p. 4).

¹⁵ En anglais, ils écrivent « There is an implicit social relationship between those who claim or exercise authority and those who are subjects to, or recognize, authority. The relationship is a public one, to the extent that claims and recognition of claims of authority involve an open, visible process among different agents. » (p. 5).

¹⁶ Dahl, Robert A., 1973, *L'analyse politique contemporaine*, Laffont, Paris, p. 49, reproduit in Lemieux 2009, p. ix.

De la sorte, notre exposé relativement au pouvoir tentera de s'arrimer étroitement à l'ensemble des faits que nous avons recensé lors de l'exposé sur la problématique. Il s'agira par conséquent, dans un premier temps, d'amener à notre réflexion des éléments théoriques appropriés, des éléments cohérents avec les exigences de la méthode que nous avons adoptée. L'analyse proposée nous conduira à introduire des éléments susceptibles d'expliquer et d'illustrer les manifestations du pouvoir et de l'autorité en fiscalité, ensuite en fiscalité internationale, pour comprendre le comportement, d'abord au plan théorique, de l'EMN en prix de transfert.

Mais dans un deuxième temps, nous soumettrons ces divers éléments au « test de la réalité de l'EMN » : une réalité qui se matérialise par l'usage de la planification fiscale. Ce faisant, nous définirons notre concept, le pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale, non pas simplement d'un point de vue théorique, relativement au comportement de l'EMN, mais également pratique. Cette définition sera donc utile, pour reprendre nos propos ultérieurs, à l'instauration de l'ordre dans l'analyse du comportement de l'EMN en fiscalité internationale et à l'organisation de la comparaison du comportement de l'EMN, tel qu'il se produit dans le système actuel et qu'il pourrait bien se reproduire dans le système alternatif de la taxation unitaire.¹⁷

Les trois prochaines sections de ce chapitre sont organisées comme suit. Nous allons en premier lieu examiner les notions de pouvoir et de l'autorité du point de vue

¹⁷ Plus précisément, cela nous amènera à définir un peu plus loin le concept du pouvoir « procédural » de l'EMN en fiscalité internationale. Mentionnons à ce stade qu'il serait également possible d'envisager notre sujet d'étude des points de vue de l'exercice d'un « pouvoir structurel » ou encore d'un « pouvoir discursif ». Dans le premier cas, nous nous serions penchés sur les institutions; principalement leurs modes de fonctionnement respectifs qui permettent l'exercice du pouvoir par l'EMN en fiscalité internationale, ceci notamment inspiré par Strange (1988). Dans l'autre cas, notre exposé se serait plutôt attardé à l'étude du contenu de divers documents tels que la loi fiscale et les Principes de l'OCDE afin de mettre en lumière les idées qu'ils véhiculent et, de la sorte, les façons dont peut s'exercer un pouvoir de nature discursive chez l'EMN (pour une introduction à cette approche, voir : Gautier, Denis et Tor Arve Benjaminsen, 2012, *Environnement, discours et pouvoir : l'approche Political ecology*, Édition Quae, pp. 137 et suivantes; voir également le chapitre 6 de Fuchs, Doris A., 2007, *Business Power in Global Governance*, Lynne Rienner Publishers, Colorado, USA).

de l'État dans cette section. Cela nous permettra d'introduire quelques notions pertinentes à l'ensemble de notre exposé. Par la suite, nous considérerons les notions de pouvoir et de l'autorité du point de vue de l'EMN, ce qui nous mènera, dans la dernière section du chapitre, au développement de notre concept essentiel à l'achèvement de la comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire : le pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale.

2.3.1 L'État : le pouvoir de type wébérien en fiscalité

Chez Weber, le pouvoir s'apparente à la domination. Freund (1966/1983) relate que la domination est considérée comme :

« la manifestation concrète et empirique de la puissance (*Macht*). Weber définit la puissance comme la chance d'un individu de faire triompher au sein d'une relation sociale sa propre volonté contre des résistances et la domination comme la chance d'y rencontrer des personnes prêtes à obéir à l'ordre qui leur est donné (1). » (p. 193).¹⁸

Cette conception du pouvoir, définie à l'aide d'un individu, peut évidemment s'appliquer à un État ou un type de contribuable tel que l'EMN.¹⁹ Afin d'appliquer

¹⁸ La note (1) à la citation réfère à « *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. 1, chap. 1^{er}, § XVI, p. 28. »

¹⁹ Lemieux (2009), pp. 45-59, introduit également les notions de réseaux et de coalitions pour l'étude du pouvoir dans une société démocratique (les « communautés » et les « réseaux de politique publique »). Nous avons fait le choix d'exclure ces notions de notre analyse car nous estimons qu'elles n'enrichissent pas la comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire, pas plus qu'elles n'expliquent le comportement de l'EMN en fiscalité internationale comme nous le verrons plus loin. De plus, nous ne voyons pas d'application au concept de « soft power » originalement développé par Nye car celui-ci se considère dans l'optique des relations entre les États. L'ouvrage *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power* de Joseph Nye est la référence sur le sujet. Dans son ouvrage publié en 2004, *Soft power: The Means to Success in World Politics*, Nye confirme que le concept est avant tout envisagé pour la compréhension des relations entre les États. Voir à cet effet : Shin, Yookyoung, 2007, « Book Review: Joseph S. Nye, Jr., *Soft Power: The Means to Success in World Politics* », *Millennium - Journal of International Studies*, Vol. 35, No. 2, pp. 458-60. Certains auteurs ont néanmoins tenté d'amener ce concept dans l'analyse de la gouvernance globale, dans l'analyse des relations entre l'État et les autres acteurs. Voir par exemple : Garsten, Christina et Kerstin Jacobsson, 2012, « Post-Political Regulation: Soft Power and Post-Political Visions in Global Governance », *Critical Sociology*, Vol. 39, No. 3, pp. 421-37 et Martinelli,

l'interprétation wébérienne du pouvoir en science politique, Dahl (1957) suggère la définition suivante : « l'agent A possède un pouvoir sur l'agent B dans la mesure où il peut contraindre l'agent B à faire quelque chose qu'il ne ferait pas autrement. »²⁰ Le pouvoir de l'agent A peut alors être exercé sur l'agent B.

Dans la même interprétation wébérienne du pouvoir, Bachrach et Baratz (1962) suggèrent un « deuxième visage au pouvoir » : l'agent A pourrait, plus ou moins passivement, encadrer les actions de l'agent B afin de l'amener vers certaines actions ou décisions. Cet encadrement par l'agent A viserait à ce que les actions et les décisions de l'agent B ne lui soient pas défavorables.²¹ Isaak (1981) lie ce dernier phénomène à un type de situations où le pouvoir peut vraisemblablement exister même lorsqu'il n'est pas forcément exercé. Toutefois, afin d'être crédible, il devrait influencer le comportement de l'autre agent même en l'absence de son exercice.²² Pour Crozier et Friedberg (1977), le phénomène mis de l'avant par Bachrach et Baratz (1962), le deuxième visage du pouvoir, est le résultat des « effets de dominations » qui « ne nécessitent plus un engagement conscient de ressources de la part de l'un quelconque des acteurs. » (p. 57). Cela met ainsi clairement en évidence que le pouvoir de type wébérien peut s'envisager de deux façons bien distinctes : selon qu'il est exercé ou non.

Alberto, 2003, « Markets, Governments, Communities and Global Governance », *International Sociology*, Vol. 18, No. 2, pp. 291-323.

²⁰ En anglais : « A has power over B to the extent that he can get B to do something that B would not otherwise do. » (pp. 202-3).

²¹ Les auteurs expriment cette idée ainsi : « Power is also exercised when A devotes his energies to creating or reinforcing social and political values and institutional practices that limit the scope of the political process to public consideration of only those issues which are comparatively innocuous to A. To the extent that A succeeds in doing this, B is prevented, for all practical purposes, from bringing to the fore any issues that might in their resolution be seriously detrimental to A's set of preferences. » (p. 948).

²² En anglais, il explique : « We can conclude at this point that both capability and will are necessary ingredients of power situations, except in those cases when possession alone leads to influence; and even in the latter case, credibility must be ascertainable. » (p. 97). Notons qu'il s'agit ainsi peut-être d'une forme de « soft power ».

En fiscalité, c'est la LIR qui vient légalement établir l'existence d'un pouvoir de type wébérien chez l'État, un pouvoir statutaire. Monnier (2008) explique, dans le contexte français :

« Les prélèvements obligatoires [...] se caractérisent en effet par leur double nature, juridique et économique. Au plan juridique et selon la formule de Michel Bouvier²³, ils procèdent du pouvoir de contrainte dont l'autorité étatique est légalement détentrice. Ce pouvoir s'exprime dans le droit fiscal qui s'articule autour d'un ensemble de règles, dont la combinaison détermine la portée des contributions et que la politique fiscale modifie afin de donner une forme concrète aux options dont elle procède. [...] » (p. 2).²³

On peut évidemment généraliser cette réflexion à tous les États démocratiques. On parle dès lors de la politique fiscale de l'État, de la politique publique qui s'intéresse à la collecte des recettes fiscales sur le territoire gouverné par cet État. Tremblay (1998) précise : « [...] la politique fiscale est l'ensemble coordonné des choix d'une administration en matière d'imposition. » (p. 2). Bernard (1992) suggère que ces choix portent sur la « répartition des charges » fiscales entre les divers types de contribuables (p. 116).²⁴ Quant à « l'administration fiscale »; il s'agit d'une bureaucratie; en d'autres mots, d'un monopole « public », d'un fournisseur unique de services, tel que l'entend Greffe (1981).²⁵ Ainsi, l'État, plus précisément l'administration fiscale de l'État, conçoit et met en œuvre les politiques publiques dans l'univers de la fiscalité domestique et internationale sur son territoire.²⁶

²³ La note #3 incluse à la citation fait référence à Bouvier, Michel, 1998, *Introduction au droit fiscal et à la théorie de l'impôt*, Éditions LGDJ, Paris, p. 170.

²⁴ Tremblay (1998) et Bernard (1992) offrent des analyses détaillées, bien que non techniques, de ce qu'est la politique fiscale ainsi que de ses tenants et aboutissants dans le contexte canadien.

²⁵ Au fil des décennies, plusieurs contributions ont été produites sur la bureaucratie. Voir par exemple, Busino (1993), March et Olsen (1989), Morgan (1986), Niskanen (1971), Downs (1967), Crozier (1964), March et Simon (1958), Weber (1947) et von Mises (1944).

²⁶ L'État est effectivement une créature territoriale : « Modern states... are all territorial in that they explicitly claim, and are based on, particular geographic territories, as distinct from merely occupying geographic space which is true of all social organizations... territory is typically continuous

Cette mise en œuvre de la politique fiscale de l'État exige des moyens et des instruments. Dans le cas spécifique du prix de transfert, les moyens de mise en œuvre peuvent s'apparenter aux diverses provisions prévues à la LIR et aux conventions fiscales bilatérales. En ce qui a trait aux instruments, ils se composent des ressources requises pour la mise en action de ces moyens, nommément l'Agence du revenu du Canada, une bureaucratie, dont le mandat consiste, d'une part, à la collecte des recettes fiscales et, d'autre part, à assurer le respect par le contribuable des lois fiscales en place.²⁷

Ce double mandat est réalisable grâce à la possibilité d'exercer un pouvoir coercitif de type wébérien, un pouvoir statutaire en vertu de la LIR.²⁸ Sans la loi fiscale, l'État ne posséderait aucun pouvoir légitime de collecte des recettes fiscales auprès des contribuables.²⁹ Pour autrement contraindre les contribuables, l'État en

and totally enclosed by a clearly demarcated and defended boundary. » (Anderson, James, 1986, « Nationalism and Geography », in Anderson, éd., *The Rise of the Modern State*, Harvester Press, Brighton, UK, p. 117, tel que cité par Krobin 2002, p. 60). Krobin (2002) réfère également le lecteur au classique *The Anarchical Society: Study of Order in World Politics* de Hedley Bull à ce sujet.

²⁷ L'Agence du revenu du Canada formule ainsi ce double mandat : « Exécuter les programmes fiscaux, de prestations et autres, et assurer l'observation fiscale pour le compte de gouvernements dans l'ensemble du Canada, de façon à contribuer au bien-être économique et social continu des Canadiens. » (Agence du revenu du Canada, *Mission, vision, promesse et valeurs*, disponible en ligne à http://www.cra-arc.gc.ca/gncy/prgrms_srvcs/mssn-fra.html; consulté le 6 décembre 2013).

²⁸ Plusieurs dispositions législatives rendent légal et légitime l'exercice d'un pouvoir coercitif par l'État sur un contribuable; par exemple, les délais à respecter pour la production d'une déclaration de revenus, les diverses pénalités et frais d'intérêts applicables en cas de non-conformité à la loi de même que les procédures judiciaires possibles en cas de fraude ou d'évasion fiscale, prévus respectivement aux articles 150-152, 162-163 et 165-179 de la LIR.

²⁹ Historiquement, cette nécessité de la loi trouve son fondement dans le principe bien connu voulant que « la taxation ne soit pas possible sans représentation ». Le Fonds monétaire international explique dans le cas des civilisations occidentales : « Although there is no written constitution in the United Kingdom, British tax law also respects the principle of legality on the basis of the prescription of "no taxation without representation" that was introduced in the Magna Carta in 1215. This principle was reiterated in 1628 in the Petition of Rights, which states that "no man be compelled to make or yield one gift, loan, benevolence, tax or such like charge, without common consent by act of Parliament." This principle is one of the cornerstones of Western democracies, in that the consent to be given by the representatives of the taxpayers in parliament is considered to be a democratic guarantee against arbitrary taxation by the government. » (International Monetary Fund, 1996, *Tax Law Design and Drafting*, Vol. 1, Chapitre 2, (Victor Thuronyi, éd.), p. 4).

serait plutôt réduit à l'usage de la force et de la peur, aussi exploitées aux temps médiévaux.³⁰

Analysé du point de vue de l'État, ce pouvoir de type wébérien équivaut également à une autorité puisqu'il est légitime et définitivement reconnu, peut-être parfois avec regret, par la société civile démocratique moderne, nommément par les contribuables.

2.3.2 L'État : le pouvoir comme une relation en fiscalité

En fiscalité, le pouvoir de l'État n'est pas uniquement statutaire. Dans un autre ordre d'idées, utile à notre réflexion, Crozier et Friedberg (1977) suggèrent que le pouvoir est d'une toute autre nature : le pouvoir est « *une relation et non pas un attribut des acteurs.* » (p. 56). Cette relation n'est pas une simple relation abstraite mais bien une relation « contingente aux acteurs et à la structure dans laquelle ils agissent. » (p. 56). Ils ajoutent que le pouvoir est « *une relation d'échange, donc de négociation* dans laquelle deux personnes au moins sont engagées. » (p. 57). De plus, cette relation « motive l'engagement de ressources de la part des acteurs. » (p. 57). Toutefois, « *[c]'est un rapport de force, dont l'un peut retirer davantage que l'autre, mais où, également, l'un n'est jamais totalement démuné face à l'autre.* » (p. 59). En d'autres mots, comme l'exprime Isaak (1981), le degré de pouvoir exercé dans une relation est asymétrique chez les acteurs (pp. 99-100).

Dans sa finalité, « *[l]e pouvoir réside donc dans la marge de liberté dont dispose chacun des partenaires engagés dans une relation de pouvoir, c'est-à-dire dans sa possibilité plus ou moins grande de refuser ce que l'autre lui demande.* » (Crozier et

³⁰ Webber et Wildavsky (1986) relatent : « A regular period of compulsory labor service on the lord's land was the way slaves, serfs, and free tenants without money paid for the land they cultivated, and for whatever services in lieu of government the lord might provide. [...] The lord might demand up to three man-days of labor each week of the year from each family of serfs, and more during periods of intensive activity. [...] Medieval forced labour was heavier than ancient corvées, both in absolute terms and because it was impossible to evade. Forfeiture of a peasant's holding was the penalty for noncompliance, a risk no man would run in an age of scarcity. » (p. 169). Pour plus de détails, voir les « procédés » utilisés aux pages 167-81.

Friedberg, 1977, pp. 59-60).³¹ Giddens (1982) ajoute que l'intensité de ce pouvoir, possédé par chacun des acteurs, pourra évoluer au cours de la relation et selon les circonstances.³² Pour en arriver à sa compréhension, la notion de pouvoir doit donc s'envisager de façon dynamique plutôt que statique. Selon Isaak (1981), la recherche portant sur le pouvoir doit s'affairer principalement sur cette relation dynamique entre les acteurs.³³

En fiscalité, nous sommes d'avis que l'une des conceptions du pouvoir n'empêche pas forcément l'autre. Il est en effet possible à l'État de détenir un pouvoir de type wébérien, qu'il soit ou non exercé, sur le contribuable dans certaines circonstances tandis qu'en d'autres temps, le pouvoir pourra se révéler ou s'exercer, spécifiquement dans le cadre d'une relation, d'une négociation ou d'un échange, tel que le suggèrent Crozier et Friedberg.

Dans la réalité, presque toujours, la plupart des contribuables ne sont nullement en relation, au sens commun accordé à ce terme, avec l'État.³⁴ Par exemple, au Canada, chaque contribuable produit annuellement sa déclaration de revenus sans entretenir un quelconque lien ou rapport avec l'État. Le contribuable adhère

³¹ *Italiques dans le texte*, pour l'ensemble des citations incluses à ces deux paragraphes.

³² En anglais, il explique : « Anyone who participate in a social relationship, forming part of a social system produced and reproduced by its constituent actors over time, necessarily sustains some control over the character of that relationship or system. Power relations in social systems can be regarded as relations of autonomy and dependence; but no matter how imbalanced they may be in terms of power, actors in subordinate positions are never wholly dependent, and are often very adept at converting whatever resources they possess into some degree of control over the conditions of reproduction of the system. In all social system there is a dialectic of control, such that there are normally continually shifting balances of resources, altering the overall distribution of power. » (pp. 198-99).

³³ Dans le contexte de la relation entre les États, l'auteur explique : « It cannot be overemphasized that if power is to be a useful concept in political research, it must be viewed in relational and behavioral terms. That is, the research focus is on the behavior of one political actor insofar as it influences the behavior of others. » (p. 96).

³⁴ Une « relation », au sens social et non pas mathématique, se définit comme les « personnes avec lesquels on est en rapport » (Larousse encyclopédique, Vol. 18, *Librairie Larousse*, 1979, p. 7931). La relation implique donc une certaine personnalisation du contact avec l'interlocuteur, qui peut aussi être un groupe, plutôt qu'une personne.

simplement à ce qu'il convient de qualifier du « principe de l'autocotisation de l'impôt », un principe tacitement enchâssé à l'article 150 de la LIR.³⁵

Pour l'État, cela illustre la possession d'un type de pouvoir wébérien mais principalement d'influence comme l'entendaient Isaak (1981) et Bachrach et Baratz (1962). Ce pouvoir est alors un attribut accordé à l'État.

Envisagé du point de vue du contribuable, ce comportement d'autocotisation de l'impôt est peut-être une manifestation floue de loyauté, au sens suggéré par Hirschman (1970), envers l'État.³⁶ Mais cette loyauté, longtemps jugée implicite chez le contribuable, semble désormais remise en question si l'on tient compte des programmes de vérifications québécois et canadiens, de plus en plus élargis et agressifs, contre l'évitement et l'évasion fiscale.³⁷ Ce pouvoir d'influence de l'État reste néanmoins très important en fiscalité, du moins en fiscalité canadienne. L'Agence du revenu du Canada estimait à 87,8 % le taux d'observation de loi fiscale chez les entreprises de toutes sortes en 2010.³⁸

³⁵ Le préambule du paragraphe 150(1) de la loi énonce en effet : « Sous réserve du paragraphe (1.1), une déclaration de revenu sur le formulaire prescrit et contenant les renseignements prescrits doit être présentée au ministre, sans avis ni mise en demeure, pour chaque année d'imposition d'un contribuable [...] » [c'est nous qui soulignons]. Le paragraphe 4 de la circulaire d'information *IC71-14R3 La vérification fiscale* débute ainsi : « Le régime fiscal canadien est fondé sur le principe de l'autocotisation. En effet, toute personne imposable, toute corporation, succession ou fiducie est tenue par la loi de produire une déclaration annuelle de revenu en la forme prescrite et de déterminer ses impôts exigibles pour l'année. [...] » [c'est nous qui soulignons].

³⁶ Chez Hirschman, la loyauté s'entend au sens commun. Elle est largement observée dans la sphère politique partisane ou chez les membres d'un groupe ou d'une association. Elle traduit l'adhésion inconditionnelle, ou presque, de l'agent aux idéaux d'un groupe. Elle trouve peut-être ici application dans le cas du principe d'autocotisation.

³⁷ Au Québec, en 2010, une consultation publique sur les planifications fiscales « agressives » a mené à divers changements à la *Loi sur les impôts* (du Québec) et à la mise en place de nouvelles mesures, tels que le module d'enregistrement des ventes dans le secteur de la restauration. Au Canada, nous avons déjà observé que la lutte contre la planification fiscale agressive s'est récemment intensifiée.

³⁸ Ce taux est forcément encore plus élevé chez les particuliers puisque ceux-ci n'ont pratiquement pas accès aux opportunités de planifications fiscales. Le lecteur sceptique pourra s'en convaincre en examinant attentivement les provisions de la LIR; une démarche qui dépasse évidemment les buts poursuivis par notre exposé. Dans le *Rapport ministériel sur le rendement (RPP) 2010-2011* de l'Agence du revenu du Canada, on peut lire :

En fiscalité, ce pouvoir wébérien de l'État exerce ainsi vraisemblablement une influence significative sur les comportements du contribuable. Mais il faut toutefois mentionner que du point de vue du contribuable, il n'est pas exclu que ce pouvoir, selon nous d'influence, soit plutôt considéré comme un pouvoir de coercition à l'image du « premier visage du pouvoir » suggéré par Dahl (1957) que nous reformulerions alors comme suit : l'État possède un pouvoir de coercition, et non pas d'influence, sur le contribuable car il le contraint à faire sa déclaration de revenus qu'il ne ferait pas autrement. Selon la perception que se fait la société civile de l'impôt, cette dernière perception du pouvoir de type wébérien pourrait dès lors remplacer la première.³⁹

« En 2010-2011, une estimation du taux d'inobservation a été établie pour les déclarants individuels autonomes en se fondant sur des vérifications effectuées au cours de l'année de programme 2009-2010. Ces vérifications ont révélé que le taux estimatif d'inobservation était de 12,2 %. Ce segment de la population de PME a été examiné deux fois auparavant, soit en 2001-2002, lorsque l'estimation du taux d'inobservation pour les travailleurs autonomes se chiffrait à 8,6 %, et en 2006-2007, lorsque l'estimation du taux d'inobservation s'élevait à 12,7 %. Nous concentrerons nos efforts sur l'élaboration d'une stratégie qui ciblera ce secteur d'inobservation. » (p. 36).

³⁹ Son impact sur les divers types de contribuables et sur leurs comportements respectifs pourrait aussi être très variable. À cet effet, Tremblay (1998) explique pour le Canada :

« Une des pierres d'achoppement de la politique fiscale est sûrement le comportement du contribuable. Toute décision en la matière, aussi juste et équitable soit-elle, sera toujours dépendante pour son efficacité de la volonté du contribuable de s'y soumettre. En dépit de lois contraignantes, les individus et les entreprises conservent une marge de manœuvre qui leur permet de se soustraire partiellement ou totalement à l'imposition. Pour le contribuable, l'alternative est toujours la même : la soumission ou la fuite. La première option, il va sans dire, ne présente aucune difficulté apparente. Pour le rendement de la politique fiscale, en revanche, la fuite devant le fisc est un sérieux problème même si ce geste n'est pas dénué de toute utilité et de toute justification. » (p. 83).

À titre d'illustration, en comparaison, DiManno (2011) explique dans le contexte de la Grèce :

« In a country where stiffing the taxman is a national pastime, nailing scofflaws requires ingenuity and stealth.

So helicopters were deployed earlier this year to count backyard swimming pools in the Greek capital's affluent northern suburbs.

The flyover, in conjunction with satellite imagery, produced a shocking aqua-census: 16,974 pools tucked behind high property walls. Yet only 324 households in those areas had ticked the box on their income tax forms admitting to pool ownership. [...]

Various studies, most notably one by the Federation of Greek Industries in 2010, have estimated that one-third of taxes go unpaid. The government may be losing up to \$30 billion a

Bref, que la caractérisation du pouvoir wébérien puisse demeurer incertaine ou assujettie aux circonstances, cette perspective conserve sa pertinence pour l'analyse du pouvoir en fiscalité. Mais d'un autre côté, toujours dans la réalité, certains contribuables se retrouvent, habituellement malgré eux, en relation avec l'État. Celui-ci exerce alors son pouvoir statutaire par le biais de provisions législatives spécifiques. Il ne s'agit plus d'une simple influence, plus ou moins passive bien que significative, du comportement du contribuable. Le pouvoir se manifeste dans une relation au sens entendu par Crozier et Friedberg (1977).

Dans quelques cas, il pourra s'agir de demandes administratives d'informations aux contribuables concernés; par exemple afin de documenter des crédits d'impôt ou des déductions fiscales demandés à la déclaration de revenus. La relation sera donc très limitée dans l'espace-temps.⁴⁰ Toutefois, dans d'autres situations, le contribuable sera soumis à une vérification fiscale en vertu de l'article 231.1 de la LIR, auquel cas il y aura définitivement une relation personnalisée entre l'État et le contribuable.⁴¹

year to tax evasion, in a country with a colossal \$400 billion debt, passing the hat around to its European allies.» (DiManno, Rosie, 2011, « Greeks are Masters of the Tax Dodge », Thestar.com, 10 octobre 2011).

⁴⁰ Voici deux exemples précis à cet effet parmi une multitude possible : une demande administrative écrite d'informations du fisc à un contribuable afin qu'il fournisse les reçus motivant la déduction fiscale pour frais de garde d'enfants (article 63 de la LIR) ou encore pour documenter le crédit d'impôt demandé pour des dons à des organismes de bienfaisance (article 118.1 de la LIR).

⁴¹ Les alinéas 231.1(1)a) et b) de la LIR énoncent :

« 231.1 (1) Une personne autorisée peut, à tout moment raisonnable, pour l'application et l'exécution de la présente loi, à la fois :

a) inspecter, vérifier ou examiner les livres et registres d'un contribuable ainsi que tous documents du contribuable ou d'une autre personne qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

b) examiner les biens à porter à l'inventaire d'un contribuable, ainsi que tout bien ou tout procédé du contribuable ou d'une autre personne ou toute matière concernant l'un ou l'autre dont l'examen peut aider la personne autorisée à établir l'exactitude de l'inventaire du contribuable ou à contrôler soit les renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi; »

Dans de telles situations, le pouvoir de l'État s'exerce, s'observe et s'analyse spécifiquement dans le cadre d'une relation et, éventuellement, d'une négociation avec le contribuable. La notion de pouvoir s'envisage, de plus, d'une façon dynamique puisque cette relation se développe dans un espace-temps qui pourra s'étendre sur quelques semaines, mois ou même, dans quelques cas, plusieurs années, selon les circonstances.⁴² Analysé du point de vue de l'État, ce pouvoir exercé grâce à la loi fiscale équivaut également à une autorité puisqu'il est légitime et définitivement reconnu par la société civile, plus précisément par l'ensemble des contribuables.

En conclusion, en fiscalité, l'État possède ainsi un pouvoir statutaire qui s'apparente également à une autorité statutaire. Ce pouvoir peut se concevoir du point de vue wébérien, qu'il soit ou non exercé. Dans cette optique, il est un « attribut », pour reprendre le terme de Crozier et Friedberg, que détient l'État sur le contribuable grâce à l'existence de la LIR. Mais ce pouvoir de l'État peut aussi se concevoir dans le cadre d'une relation, d'une négociation ou d'un échange tel que le suggèrent ces mêmes auteurs.

L'Agence du revenu du Canada publie également la circulaire d'information *IC71-14R3 La vérification fiscale* sur le sujet. On y lit notamment au paragraphe 3 :

« Bien que la perspective d'être assujetti à une vérification fiscale incite fortement à l'observation volontaire de la loi, notamment à cause des pénalités applicables à l'égard de la négligence flagrante ou de la non-observation volontaire, le contact personnel que procure la vérification est un moyen idéal pour susciter un climat où les contribuables peuvent se rendre compte que chacun ne porte que sa part légitime du fardeau fiscal. » [c'est nous qui soulignons].

⁴² Pour l'EMN, une telle relation peut être pratiquement permanente lorsque des litiges juridiques se développent en cours ou subséquemment à la vérification fiscale. Par exemple, l'arrêt de la Cour suprême du Canada, rendu en 2012, dans *Canada c. GlaxoSmithKline*, 2012 CSC 52, [2012] 3 SCR 3, portait sur les années d'imposition 1990, 1991, 1992 et 1993 du contribuable.

2.4 Le pouvoir et l'autorité de l'EMN en fiscalité

Nous avons brièvement défini et articulé le pouvoir que détient l'État en fiscalité face aux contribuables, ce qui inclut l'EMN. Mais en regard de notre question de recherche, c'est principalement au pouvoir possédé par le contribuable, spécifiquement l'EMN, auquel nous devons davantage nous intéresser. En effet, outre la comparaison directe des éléments propres au principe de pleine concurrence et à la taxation unitaire, c'est dans la compréhension du comportement de l'EMN que se révèle l'inutilité de remplacer le premier par la deuxième, que se distingue qu'un remplacement ne résout pas l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État lors de la mise en œuvre de sa politique de prix de transfert.

Cette section est organisée comme suit. Nous débutons par un examen de ce qu'est l'EMN telle qu'elle doit se concevoir relativement à la fiscalité internationale. Ensuite, nous explorons la notion d'autorité privée relativement à l'EMN. Enfin, nous examinons la notion de pouvoir de l'EMN en fiscalité. Cette démarche nous amène à dégager certains constats utiles à la définition de notre concept, le pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale, dans la dernière section de ce chapitre.

2.4.1 Définition de l'EMN

En sciences sociales, l'EMN a fait l'objet de nombreuses réflexions, analyses et théories afin d'en expliquer la création et le développement. Buckley (1996) offre une recension récente des diverses théories expliquant l'existence de l'EMN.⁴³ Mais depuis les années 1990, une théorie prédomine sur toutes les autres. Rioux (2005) explique :

⁴³ À titre illustratif, on peut notamment penser à Mintzberg (1979), Hymer (1976), Vernon (1971), Williamson (1964), Cyert et March (1963) et Penrose (1959).

« [l]es liens entre les entreprises et leurs marchés d'origine ne disparaissent pas complètement, mais ils sont considérablement modifiés par la création de systèmes globaux de production et de chaînes de valeur globales. Certains parleront de déterritorialisation³⁷. Cette nouvelle trajectoire du capitalisme, comme l'a appelée Dunning, repose sur un nouveau modèle organisationnel, lequel, en privilégiant la mise en réseaux et la coordination d'unités économiques jouissant malgré tout d'une certaine indépendance décisionnelle, se distingue du modèle hiérarchisé et centralisé qui était auparavant privilégié par les FMN [firmes multinationales]³⁸. » (p. 21).⁴⁴

Cette théorie prédominante, en termes plus précis, c'est le modèle « O-L-I » formulé par Dunning en quatre temps entre 1980 et 1992. Rugman (2010) explique que la théorie des « trois facteurs déterminant les activités internationales de l'EMN » de John H. Dunning se compose des avantages de la propriété des facteurs de production (« O »), des avantages de la localisation géographique (« L ») et des avantages de l'internalisation des coûts (« I »).⁴⁵

Dans ce modèle organisationnel, ce qui explique son existence, c'est d'abord la notion d'une EMN motivée par la mise en place d'une chaîne de valeur à travers le monde, dans l'ensemble des marchés accessibles. On parle alors du premier facteur, la propriété des facteurs de production, et du deuxième concernant leurs localisations géographiques respectives. Gilpin (2001) explique que l'EMN entre ainsi dans l'ère du management stratégique, tel que défini par Michael Porter, un management où

⁴⁴ La note 37 à la citation fait référence à « W. Andreff, « La déterritorialisation des multinationales : firmes globales et firmes-réseaux », *Cultures & Conflicts*, No. 21-22, (www.conflicts.org/rubrique.php?id_rubrique=24) ». La note 38 à la citation fait référence à « M. Castells, *La société en réseaux*, Paris, Fayard, 2001 ».

⁴⁵ En anglais, l'auteur écrit : « There are three factors that determine the international activities of multinational enterprises (MNEs). These are ownership (O) advantages, location (L) advantages, and internalization (I) advantages. Thus, the Dunning eclectic paradigm is also known as the OLI paradigm. » (p. 2). Ce développement en quatre temps s'est effectué en quatre publications, nommément : Dunning, John H., 1980, « Toward an Eclectic Theory of International Production: Some Empirical Tests », *Journal of International Business Studies*, Vol. 11, No. 1, pp. 9-31; Dunning, John H., 1981, *International Production and the Multinational Enterprise*, Allen and Unwin, Londres; Dunning, John H., 1988, *Explaining International Production*, Unwin Hyman, Londres; et, Dunning, John H., 1992, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, Addison-Wesley Publishing Company, Wokingham, UK and Reading, MA.

chaque fonction de l'entreprise sera localisée de façon à maximiser l'efficacité de la production.⁴⁶

L'exercice d'un tel management stratégique n'est évidemment pas exclusif aux EMNs. Il peut également se faire par une entreprise, présente sur un territoire précis, qui localisera ses opérations dans les villes ou régions pertinentes en plus d'acquérir les facteurs de production nécessaires à ses opérations.

Le troisième facteur, la capacité à internaliser des coûts à l'échelle planétaire, est cependant propre et distinctif aux activités commerciales de l'EMN.⁴⁷ Cet aspect de la représentation d'une EMN n'est toutefois pas nouveau ni récent. Il s'inspire de Coase (1937) qui suggère déjà que la firme, peu importe sa taille, existe afin d'internaliser certains types de transactions, compte tenu de l'incapacité de l'économie de marché à le faire.⁴⁸ Buckley et Casson (1976) ainsi que Cheung (1983)

⁴⁶ En anglais, Gilpin (2001) écrit : « Another noteworthy interpretation of the MNC has emerged from the research of Michael Porter at the Harvard School of Business. Porter's *Competitive Advantage of Nations* (1990) and his numerous other writings argue that the MNC has entered an era of strategic management. [...] Porter argues that the firm's strategy determines its structure and its location of economic activities throughout the world economy. In the development of his theory of strategic management, Porter follows the eclectic theory's definition of the inherent advantages possessed by MNCs. But the overwhelming advantage of the MNC over domestic firms, according to Porter, is that it provides access to a wide array of possible strategies through which it can "tap into the value chain." In contrast to a domestic firm, a multinational firm can carry out its activities at the most efficient location for each particular activity anywhere in the world. » (p. 284).

⁴⁷ Gilpin (2001) explique: « According to Dunning's eclectic theory, the unique nature and extraordinary economic success of the MNC are due to particular characteristics that give the MNC important advantages over purely domestic corporations. These advantages are ownership, location, and, most importantly, internalization, a concept that was also extensively developed by Richard Caves, one of few mainstream economists to seriously consider FDI and the MNC.⁹ These oligopolistic firms usually possess some proprietary or firm-specific advantage that they want to exploit rather than lose to a rival firm; such an internal advantage may be a trademark or possession of a particular technology. » (p. 284). La note #9 à la citation fait référence à « Caves, *Multinational Enterprises and Economic Analysis* ». [c'est nous qui soulignons].

⁴⁸ Il écrit : « It can, I think, be assumed that the distinguishing mark of the firm is the supersession of the price mechanism. [...] The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of "organizing" production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. » (pp. 389-90).

appliquent cette conception à une EMN, à une organisation internationale.⁴⁹ Williamson (1985) suggère que « l'EMN moderne doit être analysée comme le produit d'une série d'innovations organisationnelles dont l'objectif et les conséquences sont de minimiser les coûts de transaction. »⁵⁰ Plus près de nous, Buckley (1996) explique : « cette approche prend pour hypothèse que les firmes naissent afin de remplacer des marchés imparfaits (ou non-existants) par des marchés internes ». ⁵¹

C'est cette conception de l'EMN, une entité qui internalise à l'échelle planétaire, qui est universellement reconnue et utilisée dans la discipline du prix de transfert. Le paragraphe 1.2 des Principes de l'OCDE explique en effet :

« Lorsque des entreprises indépendantes procèdent entre elles à des transactions, les conditions de leurs relations commerciales et financières (par exemple le prix des biens transférés ou des services fournis et les conditions de l'opération) sont généralement régies par les mécanismes du marché. Lorsque des entreprises associées procèdent à des transactions entre elles, leurs relations commerciales et financières ne subissent pas forcément de la même manière l'influence directe des mécanismes du marché [...] ».

⁴⁹ Par exemple, Buckley et Casson (1976) relèvent : « [t]hey [MNE theories] prejudge some of the crucial issues, such as the decision to internalise a market » (p. 66) Les auteurs poursuivent en expliquant qu'afin de rendre compte de la capacité de l'EMN à être compétitive sur un ensemble de marchés nationaux, face aux entreprises domestiques de chacun de ces marchés, il faut analyser les « avantages compensatoires » [*compensating advantages*, en anglais, p. 67] que possède l'EMN sur ces firmes. Parmi ces avantages compensatoires, est incluse la capacité d'internalisation de l'information et des coûts à l'échelle planétaire, une capacité spécifique à l'EMN.

⁵⁰ En anglais : « [...] I submit that the modern corporation is mainly to be understood as the product of a series of organizational innovations that have had the purpose and effect of economizing on transaction costs. » (p. 273). En plus de Ronald H. Coase, cette conception particulière de l'EMN trouve son fondement théorique dans la discipline de « l'économie des coûts de transaction » développée par Herbert Simon et Kenneth Arrow, pour nommer quelques auteurs connus. Voir Williamson (1985), pp. 18-23 pour plus de détails à ce sujet.

⁵¹ En anglais : « Put simply, this approach hypothesizes that firms grow by replacing imperfect (or non existent) external markets by internal ones. » (p. 6). [*Soulignements dans le texte*]. Pour une contribution récente de l'état des travaux théoriques sur ce courant de pensée, voir Buckley et Casson (2009).

Mais en plus de cette notion d'internalisation, implicite à la définition de l'EMN, on note d'un point de vue fiscal que les Principes de l'OCDE font également référence à la notion « d'entreprises indépendantes » par opposition à celle « d'entreprises associées ». Cela n'est pas sans importance. Dans le cas d'entreprises indépendantes, « [d]eux entreprises sont indépendantes l'une par rapport à l'autre si elles ne sont pas associées. » ⁵² Des entreprises indépendantes ne forment donc pas une EMN.

Pour ce qui est d'entreprises associées, « [d]eux entreprises sont associées si l'une d'entre elles remplit les conditions fixées à l'article 9 alinéas 1a) ou 1b) du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE vis-à-vis de l'autre entreprise. » ⁵³ Une lecture des alinéas 1a) et 1b) de cet article nous apprend que des entreprises sont associées :

« Lorsque

a) une entreprise d'un État contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise de l'autre État contractant, ou que

b) les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un État contractant et d'une entreprise de l'autre État contractant,

et que, dans l'un et l'autre cas, les deux entreprises sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, [...] » [c'est nous qui soulignons]

À la lecture, on comprend ainsi que des entreprises sont associées lorsque l'une exerce une forme de contrôle sur l'autre. L'EMN, du point de vue fiscal, est par conséquent constituée d'un « [g]roupe d'entreprises associées ayant des installations

⁵² Principe de l'OCDE, Édition 2010, glossaire, p. 28.

⁵³ *Ibid.*

d'affaires dans deux ou plusieurs pays. »⁵⁴ L'EMN existe de la sorte lorsque nous sommes en présence d'au moins deux entités distinctes, au plan juridique, et que l'une exerce un quelconque contrôle sur l'autre; lorsqu'elles sont associées.

Pour la suite de notre exposé, l'EMN sera conçue comme une organisation ayant pour objectif la poursuite du profit au plan international et non pas seulement domestique, une organisation née de la nécessité de coordonner des activités commerciales, à l'échelle internationale, à l'aide d'un mécanisme autre que celui du marché, d'un mécanisme d'internalisation. Cette conception de l'EMN est donc en arrière-plan de l'ensemble de notre réflexion sur le pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale dans les pages qui suivent. Elle trouvera également application lors de la comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire.

2.4.2 L'autorité privée de l'EMN

En théorie des relations internationales, la critique du « paradigme westphalien », un ordre où seuls les États détiennent le pouvoir et l'autorité, a donné naissance à de nouvelles façons de voir, de définir l'autorité. En des termes économiques, Kobrin (2002) explique que « le système westphalien a pour unité de gouvernance un marché national tel qu'il est défini par la présence d'un État souverain unique sur le territoire géographique. La gouvernance économique, visant l'exercice de l'autorité sur l'économie et sur les acteurs, s'effectue à l'intérieur des frontières de ce territoire. »⁵⁵ Cependant, l'émergence, toujours en cours, d'une économie globale vient compromettre cette conception du pouvoir et de l'autorité car les « économies nationales » sont de plus en plus interreliées.⁵⁶

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ En anglais : « In the Westphalian state system the basic unit of economic governance is the national market defined, as in the sovereign state, in terms of mutually exclusive geographic jurisdiction. Economic governance – attempts to exert authority over economics and economic actors – is exercised through borders and territorial jurisdiction. » (p. 43).

⁵⁶ Kobrin (2002) écrit : « "The Worldwide international economy is one in which the principal entities are nation-states, and involves the process of the growing interconnection between national

De ce fait, la gouvernance économique par un État souverain sur son territoire géographique devient plus problématique et doit par ailleurs composer avec la présence d'acteurs privés intensément impliqués dans la sphère publique.⁵⁷ Djelic et Sahlin-Andersson (2006) énoncent que cela donne naissance à une nouvelle forme de gouvernance internationale axée sur la « réglementation transnationale » dans plusieurs domaines d'activités.⁵⁸

Dans le cas précis de l'EMN, Rioux (2005) remarque : « [a]insi, voyons-nous les firmes multinationales (FMN)⁵ mettre en place de véritables systèmes mondiaux de production, des systèmes qui *endogénéisent* les espaces économiques nationaux lorsqu'ils ne les mettent pas en concurrence les uns avec les autres. » (p. 8).⁵⁹ Ceci poursuit l'auteure, sans réaction significative des États. Ce qui amène deux « problèmes majeurs » : « d'un côté, l'absence de contrôle sur les marchés et les pratiques des principaux acteurs de la mondialisation, les FMN en l'occurrence, est notable; de l'autre, les acteurs publics sont enfermés dans un dilemme de prisonnier, avec le résultat que les stratégies de type « cavalier seul » sont devenues courantes. » (Rioux 2005, pp. 8-9). Bref, la redéfinition de la notion d'autorité en relations

economies... [it] is an aggregate of nationally located functions.”¹⁵ » (p. 45). La note # 15 fait référence à Hirst, Paul et Graham E. Thompson, « The Problem of Globalization : International Economic Relations, National Economic Management and the Formation of Trading Blocs », *Economy and Society*, Vol. 21, No. 4, pp. 358-60.

⁵⁷ Kobrin (2002) explique : « [...] geographically rooted economic governance has become problematic, and non-state or private actors are increasingly involved in authoritative decision-making.¹⁶ » (p. 46). La note #16 à la citation fait référence à Cutler, Claire, Virginia Haufler et Tony Porter, 1999, *Private Authority and International Affairs*, SUNY Press, New York.

⁵⁸ En anglais : « [...] a transnational world is not about the disappearance of rules and order. Rather, what appears striking about our times is the increasing scope and breadth of regulatory and governance activities of all kinds. The present world has been described as a “golden era of regulation” (Levi-Faur and Jordana 2005). The proliferation of regulatory activities, actors, networks or constellations leads to an explosion of rules and to the profound re-ordering of our world. » (p. 1). La référence complète incluse à la citation est : Levi-Faur, D. et J. Jordana, 2005, « The Global Diffusion of Regulatory Capitalism », in Levi-Faur, D. et J. Jordana, eds., 2005, *The Rise of Regulatory Capitalism*, The Annals of APSA, Vol. 598, Sage, London, pp. 12-32.

⁵⁹ [Italiques dans le texte]. La note 5 à la citation n'ajoute pas aux propos de l'auteure. Nous l'omettons donc de l'exposé.

internationales émerge notamment de ce problème : l'influence grandissante de l'EMN à travers le globe.⁶⁰

D'un côté, au plan pratique, Stopford, Strange et Henley (1991) estimaient déjà que l'État perd progressivement son pouvoir, exprimé en termes de relation, face à l'EMN.⁶¹ Dans la même foulée, plus récemment, Rioux (2005) précise qu'en effet : « on assiste actuellement à un réaménagement des rapports entre deux puissances, l'une ascendante, celle des entreprises, et l'autre déclinante, celle des États. » (p. 23). D'un autre côté, au plan théorique, Cutler (2001) explique : « la distinction entre l'autorité publique et l'autorité privée est fondamentale dans la théorie [libérale] politique et juridique, autant dans la sphère domestique qu'internationale ». ⁶² Cette distinction s'expliquerait par la séparation historique entre la science économique et la science politique.⁶³

⁶⁰ Nous ne voulons, en aucun cas, sous-estimer l'importance du deuxième problème relevé. Mais compte tenu de la méthode sélectionnée et de l'approche que nous avons retenue pour l'analyse du pouvoir et de l'autorité, c'est évidemment le premier qui est d'intérêt pour notre exposé.

⁶¹ En anglais, ils écrivent : « Our conclusion is that governments *as a group* have indeed lost bargaining power to the multinationals as the possibilities for collective action have diminished. Intensifying competition among states seems to have been a more important force for weakening their bargaining power than have the changes in global competition among firms. This is not to deny that governments can maintain considerable power in their dealings with any one foreign firm. The reasons lie in the nature of the competition for world market shares. » (p. 215).

⁶² En anglais : « The distinction between public and private authority is central to legal and political theory, both domestically and internationally.²³ » (p. 138). La note 23 à la citation fait référence à « Claire Cutler, 'Locating "Authority" in the Global Political Economy', *International Studies Quarterly*, 43 (1999), pp. 59-81 and Cutler, 'Private Authority and International Trade Relations: The Case of Maritime Transport', in Cutler, Haulier, and Porter (eds.), *Private Authority and International Affairs*, pp. 283-329. » C'est à notre directrice de thèse, Michèle Rioux, que revient le crédit de ce point de départ de notre réflexion sur l'autorité spécifique qu'exercerait l'EMN en fiscalité internationale à l'aide des travaux de Cutler. Nous la remercions.

⁶³ Cutler (2001) écrit : « As Michael Walzer notes, these associations are fundamental to the 'liberal art of separation', where 'political community is separated from the sphere of economic competition and free enterprise'.²⁴ Indeed, these associations derive from the prior more fundamental distinction between politics and economics.²⁵ They developed as powerful associations over the course of the emergence of the European state system and modern capitalism. They formed the foundation for the Westphalian order and continue to inform contemporary liberal political and legal discourse. » (p. 138). La note 24 à la citation fait référence à « Liberalism and the Art of Separation, *Political Theory*, 12:3 (1984), pp. 315-30. »; la note 25 à « See A. Claire Cutler, 'Global Capitalism and Liberal Myths: Dispute Settlement in Private International Trade Relations', *Millennium: Journal of*

Mais selon Cutler, cela ne rend pas adéquatement compte des pratiques internationales, celles que l'on observe dans la réalité.⁶⁴ Cutler (1999), (2001) et (2002) développent dès lors la notion plus spécifique « d'autorité privée », une autorité détenue par les acteurs non étatiques, afin de théoriser ce qui s'observe sur la scène internationale; une autorité qui ne serait guère différente de celle possédée par les États. Hall et Biersteker (2002a) suggèrent de plus que cette autorité privée ne repose pas exclusivement sur les actions ou le soutien des États dans l'arène internationale pour devenir légitime.⁶⁵ Djelic et Sahlin-Andersson (2006) ainsi que Cutler (2010) explorent le rôle joué par les « experts », les « systèmes spécialisés de connaissances » et certaines « lois » dans cette légitimation de l'autorité privée.⁶⁶ Ainsi, au même titre que l'autorité reconnue publiquement, par exemple celle de l'État sur son territoire, Hall et Biersteker (2002a) concluent que l'autorité privée pourrait s'exercer de façon légitime.⁶⁷ Légitime ou non, Cutler (2002) relève néanmoins qu'une telle autorité détenue par l'EMN, dans une société démocratique,

International Studies, 24:3 (1995), pp. 377-97, and Susan Strange, 'Political Economy and International Relations', in Ken Booth and Steve Smith (eds.), *International Relations Theory Today* (University Park, PA: The Pennsylvania State University Press, 1995). »

⁶⁴ En anglais : « [This article] argues that traditional Westphalian-inspired assumptions about power and authority are incapable of providing contemporary understanding and identifies a growing disjunction between the theory and the practice of the Westphalian system. » (p. 133).

⁶⁵ Hall et Biersteker écrivent : « While these new actors are not states, are not state-based, and do not rely exclusively on the actions or explicit support of states in the international arena, they often convey and/or appear to have been accorded some form of legitimate authority. » (p. 4).

⁶⁶ En anglais, Cutler (2010) utilise les expressions : « experts, specialized systems of knowledge and law » (p. 1). Djelic et Sahlin-Andersson (2006) écrivent : « An important task for many of these organizations is to issue rules but they may also be involved in elaborating and activating processes to monitor adoption and implementation of those rules. An increasing share of this intense governance activity takes place between and across nations. Regulatory boundaries do not necessarily coincide with national boundaries. » (pp. 1-2).

⁶⁷ Hall et Biersteker écrivent : « Our conception of "private authority" is intended to allow for the possibility that private sector markets, market actors, non-governmental organizations, transnational actors, and other institutions can exercise forms of legitimate authority. » (p. 5).

formalisée et légalisée, peut difficilement être encadrée, règlementée et faire l'objet d'un rendre compte adéquat. ⁶⁸

L'autorité privée procède de l'influence grandissante de l'EMN à travers le globe. Elle serait en continuité avec la *lex mercatoria*, les pratiques commerciales entre entreprises, que Cutler (1999) et (2002) associent à la notion de « soft law », un cadre pseudo-légal qui viendrait encadrer le comportement des agents et qui se voudrait complémentaire au respect de la loi. ⁶⁹

Les EMNs, relate Cutler (2002), « construisent individuellement et solidairement une riche variété d'arrangements institutionnels qui viennent structurer leurs comportements. À travers ces arrangements, elles peuvent exercer une forme d'autorité privée dont les effets sont importants à saisir pour une meilleure compréhension des EMNs et pour l'analyse de l'État et de ses politiques. » ⁷⁰ Rioux (2005) note cependant :

« la thèse d'une *lex mercatoria* mondiale bute sur le problème majeur qu'elle doit nécessairement faire un passage obligé par les États. Cela a une conséquence significative : les principes économiques de base qui la définissent varient

⁶⁸ L'auteure écrit : « Very basically, the democratic, formalistic, and legalistic associations of authority with states and the public sphere obscure the growing authority of private institutions, actors, and processes. As a consequence, efforts to hold private institutions accountable in any democratic way are bound to flounder, for that which goes unrecognized is difficult to regulate. » (p. 24).

⁶⁹ En anglais, Cutler (1999) suggère : « The movement ["in favor of harmonizing and unifying international commercial law"] is generating model laws, voluntary codes, and "soft laws" that are not legally binding, but rely on consent of commercial actors. For example, the *Principles of International Commercial Contracts* reflect the emphasis given to the private ordering of commercial relations and have been enthusiastically adopted by the international business community. » (p. 72). Pour une analyse plus poussée de « l'absence de l'EMN » relativement à la dimension juridique des relations internationales, voir Johns, Fleurs, 1994, «The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International law and Theory », *Melbourne University Law Review*, Vol. 19, pp. 893-923.

⁷⁰ En anglais : « Corporations, singly and jointly, construct a rich variety of institutional arrangements that structure their behavior. Through these arrangements they can deploy a form of private authority whose effects are important for understanding not just the behavior of firms, but also for analyzing the state and its policies. » (Cutler, Claire, Virginia Haufler et Tony Porter, 1999, « The Contours and Significance of Private Authority in International Affairs », in Cutler, Haufler et Porter, *Private Authority and International Affairs*, SUNY Press, New York, p. 333, tel que cité dans Cutler 2002, p. 23).

énormément selon les États et n'ont donc pas nécessairement un caractère universel. En fait, la *lex mercatoria* représente souvent une doctrine de laisser-faire, ce qui nous laisse le plus souvent avec des principes tellement généraux qu'ils n'ont plus guère d'utilité pratique. » (p. 30).

Ainsi, contrairement aux prétentions défendues par Hall et Biersteker (2002a), de ce point de vue, la *lex mercatoria*, de laquelle dérive l'autorité privée, reposerait en fait sur le soutien des États, dans l'arène internationale, pour devenir légitime.⁷¹

Mais cette autorité privée existe-t-elle réellement? L'hypothèse d'une autorité privée, possédée par les acteurs non étatiques en relations internationales, ne fait pas l'unanimité pour tout dire. Un point de vue opposé est en effet défendu par Pauly (2002) qui prétend que l'on n'assiste pas au développement d'une autorité privée mais plutôt à une délégation active et volontaire par l'État de son pouvoir, donc de son autorité, à d'autres acteurs.⁷² Dans la même veine, Sassen (2002) propose que l'autorité privée ne serait en fait que le résultat d'une délégation, cette fois relativement passive, par l'État de sa propre autorité.⁷³ Sassen (2002) suggère :

« [On] observe la formation d'un type d'autorité qui résulte d'une pratique de l'État donnant lieu à une dénationalisation partielle d'une autorité initialement nationale. Cette conception amène à analyser l'autorité privée non pas dans ce

⁷¹ Zumbansen (2004) va encore plus loin, suggérant : « *Lex mercatoria* remains, at best, somewhere in the shadow of that other alien creature, namely transnational law. *Transnational law*, after its classical definition by Jessup, concerns the norms emerging from and for the transactions between individuals and collectivities interacting beyond and across national borders.⁷ » (p. 199). [*Italiques dans le texte*]. La note 7 dans la citation fait référence à : « P. C. Jessup, *Transnational Law* (1956) 1. »

⁷² Dans le monde financier, à titre d'exemple, il explique : « In a world in which financial regulatory power is dispersing and no particular national authority is truly dominant, cross-border financial markets ultimately rest today not on private authority but on interdependent public authorities and, increasingly, on the delegated public authority of international political institutions. » (p. 77).

⁷³ En anglais, Hall et Biersteker (2002b) écrivent : « Sassen describes "accommodations on the part of the national states" to the requirements of the global market. » (p. 204, en référence à la page 105 de Sassen (2002)).

qu'elle est mais plutôt en tentant d'identifier la présence d'agendas privés chez l'État, donc dans le domaine public. »⁷⁴

De ce point de vue, l'accent serait mis sur l'analyse de la capacité des acteurs privés à instituer des normes qui seront ensuite insérées dans la sphère du débat public.⁷⁵

En fiscalité internationale, dans sa conception « cutlérienne », la notion d'autorité privée impliquerait une redéfinition du système de la fiscalité internationale au centre duquel l'EMN ferait office de co-leader avec les États au sein de la communauté épistémique du prix de transfert, communauté pilotée par l'OCDE.⁷⁶ Dans le cas de l'implication de l'OCDE en prix de transfert, Bratwath et Drahos (2000) précisent que l'OCDE permet effectivement de construire une gouvernance internationale appuyée sur une « réglementation transnationale », telle que suggérée par Djelic et Sahlin-Andersson (2006).⁷⁷

⁷⁴ En anglais : « My argument is that, indeed, we are seeing the incipient formation of a type of authority and state practice that entail a partial denationalizing of what had been constructed historically as national.³ This conceptualization introduces a twist into the analysis of private authority because it seeks to detect the presence of private agendas inside the state, that is, inside a domain represented as public. » (p. 91). La note 3 à la citation fait référence à un ouvrage qui était alors à venir de l'auteur. Nous ne l'avons pas retrouvé.

⁷⁵ En anglais, elle écrit : « [...] it emphasizes the privatization of norm-making capacities and the enactment of these norms in the public domain. » (p. 91).

⁷⁶ Haas (1992) définit ainsi la communauté épistémique « (...) [Epistemic communities are] network[s] of professionals with recognized expertise and competence in a particular domain and an authoritative claim to policy-relevant knowledge within that domain or issue-area ». (p. 1). Comme le précise Hasenclever et al. (1997) :

« The members of such a community share a common understanding of particular problems in their field of research as well as an awareness of, and a preference for, a set of technical solutions to these problems. Most important, they are not content with the essentially passive role of providers of information who speak out only at the request of decision-makers. Rather, they have an idea of a better public policy which they actively strive to bring about by seeking to get access to governing institutions. » (p. 149).

⁷⁷ Dans le cas de la fiscalité internationale, il s'agit en fait de « principes », à commencer, bien sûr, par le principe de pleine concurrence. En anglais, Bratwath et Drahos (2000) écrivent : « To enroll the support of strategic actors for regulatory change, it is usually necessary to work epistemic communities. The OECD is the single most important builder of business regulatory epistemic communities. Epistemic communities are more than transgovernmental elite networks. They include technically competent regulatory experts from science, professions, business and NGOs. » (p. 29). Braithwaite et Drahos (2000) expliquent que ces principes ont un rôle incontournable en relations

L'OCDE joue ce rôle en fiscalité internationale depuis le début des années 1950.⁷⁸ Mais cela dit, en fiscalité internationale, peut-on aller jusqu'à accorder à l'EMN, un type de contribuable, une autorité privée d'une quelconque nature au sein de cette communauté épistémique, l'OCDE, ou encore face à l'État? D'un côté, Tremblay (1998) relate les propos de Maurice Lauré qui énonçait, à juste titre, que « [l]a taxation étant, par définition, exclusivement un acte de puissance publique, il revient aux seules autorités politiques de concevoir, de définir et de faire appliquer cette politique. »⁷⁹ En effet, nous l'avons déjà abordé dans la section précédente, sans la LIR, l'État ne posséderait aucun pouvoir légitime de collecte des recettes fiscales auprès des contribuables; il devrait alors se retourner vers la force, comme c'était le cas par le passé. Cet état de fait vient affaiblir l'hypothèse d'une autorité privée de l'EMN en fiscalité domestique ou internationale.

D'un autre côté, dans la société civile moderne, Tremblay (1998) suggère néanmoins que la politique fiscale pourrait, de façon générale, être « influencée » par les contribuables.⁸⁰ En fiscalité internationale, cela est peut-être vrai, particulièrement au sein de la communauté épistémique. N'empêche que nous serions encore bien loin de la manifestation d'une autorité privée « cutlérienne », tel que nous venons de l'examiner, une autorité qui va alors bien au-delà de la simple influence.

En fiscalité internationale, au mieux, sommes-nous, selon nous, plutôt installés dans la perspective d'analyse proposée par Sassen (2002) : il est vraisemblable que

internationales en dépit de leurs lacunes potentielles: « [p]rinciples are often used symbolically in global regulatory regimes as part of a rhetorical strategy to engender quiescence. This can backfire when mass publics are stirred out of quiescence by a disaster the regime fails to prevent; the principles may then form an expansive framework for instrumental rules. Indeed, sequences of disasters have ratcheted up a number of symbolic framework agreements. » (p. 30).

⁷⁸ Pour plus de détails sur le rôle joué par l'OCDE en fiscalité internationale, voir March et Olsen (1998) ainsi que Porter et Webb (2004). Pour un point de vue divergent sur le rôle et la pertinence de l'OCDE, voir Tanzi (1999) et (2000).

⁷⁹ Tremblay (1998), p. 5; l'auteur fait référence à Lauré, Maurice (1965), *Traité de politique fiscale*, Presses universitaires de France, Paris.

⁸⁰ Voir à cet effet les pages 31-36 qui offrent une vue d'ensemble des divers types de contribuables tentant d'influencer le développement et l'application de la politique fiscale de l'État.

certaines agendas privés de divers groupes de contribuables, incluant ceux de l'EMN, soient présents chez l'État, donc dans le domaine du débat public, ou encore, dans le contexte de la fiscalité internationale, au sein de la communauté épistémique qu'est l'OCDE. Cela nous situe alors dans l'optique de la prise de parole suggérée par Hirschman (1970). La prise de parole est effectivement un type de comportements qui s'observe fréquemment dans le domaine de la fiscalité, que ce soit, par exemple, lors du processus budgétaire annuel ou encore en réaction à de nouvelles initiatives fiscales de l'État.⁸¹

Dans la sphère privée, la prise de parole peut aussi s'observer lorsqu'un contribuable spécifique s'oppose administrativement ou juridiquement à un avis de cotisation produit en vertu de l'article 152 de la LIR.⁸² En fiscalité internationale, la prise de parole par l'EMN s'observe par le biais des groupes d'intérêts supranationaux présents sur la place publique et lors des consultations menées par la communauté épistémique, l'OCDE, sur divers sujets.⁸³ L'objectif consiste, dans ces situations, à tenter d'influencer les États dans l'élaboration de leurs politiques fiscales respectives.⁸⁴

⁸¹ La saga de septembre 2012 au Québec sur l'éventuelle imposition accrue des gains en capital et des dividendes est un exemple récent de prise de parole passionnée par les contribuables.

⁸² Dans le domaine public, il y a presque chaque jour des causes fiscales entendues autant au Québec qu'ailleurs au Canada. Les oppositions administratives sont du domaine privé mais tout au moins aussi nombreuses. Pour plus de détails sur les mécanismes d'opposition administrative et juridique disponibles au contribuable au Canada, voir Wilkie (2009).

⁸³ Par exemple, le projet actuel sur le phénomène d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices conduit par l'OCDE fera l'objet de consultations : « Les travaux de l'OCDE sur les différents points du Plan d'action continueront de faire intervenir un processus de consultation inclusif et transparent, et un dialogue de haut niveau avec toutes les parties intéressées sera organisé tous les ans. » (OCDE 2013c, p. 29).

⁸⁴ La révision toujours en cours du chapitre 6 des Principes de l'OCDE sur la question du prix de transfert en présence de biens incorporels est un exemple concret d'influence de l'OCDE et des groupes d'intérêts supranationaux, incluant l'EMN. Voir le texte : « Le Groupe de travail No. 6 de l'OCDE publie un projet pour commentaires portant sur les prix de transfert et incorporels », disponible à l'hyperlien suivant : <http://www.oecd.org/fr/ctp/prixdetransfert/legroupe detravailno6 delocdepublieunprojetpourcommentairesportantsurleprixdetransfertetincorporels.htm> (consulté le 6 décembre 2013).

Mais contrairement aux autres domaines d'activités où la notion d'autorité privée est étudiée, la prise de parole n'a de sens en fiscalité domestique ou internationale que dans un système exclusivement stato-centré.⁸⁵ En fiscalité internationale, une éventuelle autorité de l'EMN, si elle existe, ne peut se matérialiser que dans un système où l'État met d'abord en place les règles, en tenant compte, il est vrai, dans une certaine mesure, des aspirations exprimées par l'EMN.

Prenons l'exemple de l'environnement à titre de comparaison. Même sans loi et réglementation, l'environnement continue d'exister. La protection de l'écosystème est tout aussi souhaitable avec ou sans cadre légal. Le cadre légal vient formaliser cette protection. Idem dans le cas des télécommunications : les impératifs commerciaux de la mise en place et de l'exploitation d'un réseau téléphonique ne sont nullement liés à l'existence ou non d'une loi ou d'une réglementation. Bien sûr, autant pour l'environnement que pour les télécommunications, des cadres légaux sont souhaitables afin d'assurer une exploitation sensible et un développement ordonné des ressources. Mais ces cadres légaux ne sont pas essentiels à l'existence même de ces activités.

Dans le cas de la fiscalité, domestique ou internationale, pas de loi, pas d'impôt. Soyons honnêtes : la plupart des contribuables ne consentiront pas à verser une partie de leurs biens à l'État sans y être légalement forcés.⁸⁶ À quoi bon parler d'un système de fiscalité domestique ou de fiscalité internationale sans l'existence de lois

⁸⁵ On notera que l'OCDE reconnaît également cette réalité lorsqu'elle écrit dans le cadre du projet sur la base d'imposition et de transfert de bénéfices : « Dans la plupart des cas, les entreprises ne font qu'appliquer les règles que les pouvoirs publics eux-mêmes ont instituées. C'est donc aux pouvoirs publics qu'il incombe de revoir les règles en vigueur ou d'en adopter des nouvelles. » (OCDE, « Questions fréquemment posées sur BEPS », Centre de politique et d'administration fiscales, <http://www.oecd.org/fr/ctp/questionsfrequemmentposees.htm>; consulté le 6 décembre 2013).

⁸⁶ Notre raisonnement s'effectue bien sûr dans une société démocratique. Il n'est évidemment pas exclu que « l'impôt » puisse être prélevé à l'extérieur d'un cadre légal par un tyran, un prince ou un despote assoiffé de ressources. De plus, historiquement, avant la mise en place de l'impôt sur le revenu et des diverses taxes et tarifs, de nombreux services offerts à la population étaient principalement financés par le biais de la charité et administrés par des communautés religieuses. C'était par exemple le cas du système de santé au Québec et au Canada. Voir à cet effet, *Gouvernement du Québec, Regards sur le système de santé et de services sociaux du Québec*, avril 2009, p. 38.

fiscales? Contrairement à l'environnement ou aux télécommunications, c'est la loi qui crée le domaine d'activité dans le cas de la fiscalité. C'est la loi qui donne naissance au pouvoir ou à l'autorité, quelle qu'en soit la nature.

Tout bien considéré, nous sommes donc d'avis que l'autorité privée de l'EMN n'existe pas en fiscalité internationale. L'histoire fiscale moderne semble appuyer cette affirmation. Langbein (1986) montre que l'implication et l'influence de l'EMN dans le développement et l'évolution historique du système de fiscalité internationale demeurent toutes deux très limitées depuis les années 1930. Bratwaithe et Drahos (2000) arrivent à la même conclusion. Selon ces auteurs, le système actuel de fiscalité s'explique par une influence significative des États-Unis, les travaux de comités techniques, plus ou moins obscurs, sous l'égide des États et le rôle de plus en plus actif de l'OCDE, dirigé par les États, qui agit à titre de pilote d'une communauté épistémique.⁸⁷ Les travaux conduits par l'OCDE illustrent également l'influence formelle très limitée de l'EMN depuis le milieu des années 1980 lors des diverses rondes de consultations sur les quelques projets réalisés.⁸⁸

⁸⁷ En anglais, Bratwaithe et Drahos (2000) expliquent : « The US state has been by far the most influential actor in accomplishing the globalization of regulation. Today the European Commission (EC) is beginning to approach US influence. When the US and EC can agree on which direction global regulatory change should take, that is usually the direction it does take. Japan's influence is remarkably weak. [...] Most influence to shape regulation globally is accumulated in thousands of obscure technical committees of international organizations [...] The last two decades of the twentieth century saw the rise of a 'new regulatory state', where states do not so much run things as regulate them or monitor self-regulation. Self-regulatory organizations frequently become more important than states in the epistemic communities where debates over regulatory design are framed. » (pp. 27- 28).

⁸⁸ Le lecteur pourra approfondir un excellent exemple du processus complet de consultations que coordonne l'OCDE en examinant les divers travaux, disponibles au public, accomplis lors de la révision des chapitres 1, 2 et 3 des Principes de l'OCDE, qui s'est tenue entre 2005 et 2010. Par exemple : *Response of the Committee on Fiscal Affairs to the Comments received on the September 2008 Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring*, OECD, Centre for Tax Policy and Administration, July 22, 2010; et *Response of the Committee on Fiscal Affairs to the Comments Received on the September 2009 Draft Revised Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, OECD, Centre for Tax Policy and Administration, July 22, 2010. Le lecteur pourra également examiner les exercices conduits par l'OCDE sur la concurrence fiscale dans les années 1990 et ceux récemment amorcés sur le phénomène d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices présentés au premier chapitre.

En fiscalité internationale, l'EMN, un type spécifique de contribuable, ne bénéficie pas d'un statut particulier aux yeux de l'État. En dépit de l'implication active, bien que limitée et encadrée, des EMN dans les divers travaux menés par l'OCDE, l'État conserve son monopole décisionnel et d'actions, en termes d'imposition, sur tout ce qui touche la fiscalité internationale. De plus, la problématique que nous avons exposée au premier chapitre illustre, bien au contraire, qu'en fiscalité internationale, l'EMN semble plutôt sujette à une crise de légitimité en ce qui concerne son comportement.⁸⁹

Articuler, comme nous venons de le faire, qu'en fiscalité internationale, l'EMN ne possède pas une autorité privée n'indique pas pour autant qu'elle ne détient pas une forme de pouvoir significatif. À ce stade de notre réflexion, peut-être est-il opportun de rappeler que « l'autorité est l'expression ou une forme institutionnalisée de pouvoir, que ce qui différencie l'autorité du pouvoir, c'est la légitimité qui accompagne l'autorité. »⁹⁰ Dit simplement, la définition du pouvoir de type wébérien, a priori pour l'usage exclusif des États en fiscalité, mérite qu'on y revienne.

2.4.3 L'EMN : le pouvoir de type wébérien, en tant que relation

Relativement à la réflexion sur le pouvoir de l'État en fiscalité, nous avons déjà exposé, dans la section précédente, que le pouvoir de type wébérien peut s'envisager comme un attribut ou encore se révéler lors d'une relation. Chez l'État, le pouvoir en tant qu'attribut provient de l'existence pure et simple de LIR. Il ne requiert alors aucune action spécifique de l'État. Dans le cas du pouvoir en tant que relation

⁸⁹ Au mieux, pourrions-nous suggérer que les programmes fiscaux « d'encouragement aux entreprises », présents dans de très nombreux pays, sous diverses formes, témoignent d'une acceptation relative de l'influence de l'EMN, de la nécessité d'attirer l'EMN. Mais il faut alors adhérer à l'incertaine hypothèse d'une concurrence fiscale effective, également présentée au premier chapitre.

⁹⁰ Hall et Biersteker 2002a, p. 4; en anglais : « While power and authority are closely related, authority is used here to refer to institutionalized forms or expressions of power. What differentiates authority from power is the legitimacy of claims of authority. »

possédé par l'État, il se manifeste lors des interactions, plus ou moins formelles, avec le contribuable; il est de ce fait exercé.

Pour ce qui est du contribuable, selon les circonstances, celui-ci pourra développer et établir une certaine position de force face à l'État et, du même coup, exercer son « pouvoir ». ⁹¹ L'exercice de ce pouvoir par le contribuable face à l'État trouve sa source dans la jurisprudence relative aux lois fiscales. Celle-ci bénit, à travers le monde, le « principe de la minimisation de la charge fiscale » par le contribuable. Dans le cas du Canada, ce principe a été reconnu dès 1936 dans l'arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster* où il est énoncé :

« Tout individu a le droit, lorsque possible, de conduire ses affaires de manière à ce que son impôt à payer soit moindre qu'il ne le serait autrement. Si un individu obtient légalement par ses actions ce résultat, aucune loi ni cour de loi ne peut le contraindre à payer davantage d'impôts et ce, que son ingéniosité soit appréciée ou non par le législateur ou d'autres contribuables. » ⁹²

Ce principe a été de nouveau confirmé en 1999 dans l'arrêt *Shell Canada ltée c. Canada* :

« [...] en l'absence d'une disposition expresse contraire, il n'appartient pas aux tribunaux d'empêcher les contribuables de recourir, dans le cadre de leurs opérations, à des stratégies complexes qui respectent les dispositions pertinentes de la Loi, pour le motif que ce serait inéquitable à l'égard des contribuables qui n'ont pas opté pour cette solution. [...] Il incombe aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer la Loi telle qu'elle a été adoptée par le Parlement. [...] Sauf disposition contraire de la Loi, le contribuable a le droit d'être imposé en fonction

⁹¹ Sans périliter dans la trivialité, insistons tout de même encore sur le fait que l'existence de la loi fiscale est évidemment un prérequis à l'exercice de ce pouvoir dans une société démocratique. En effet, sans loi fiscale, cela ne serait pas nécessaire ou pertinent.

⁹² En anglais, Lord Tomlin écrit : « Every man is entitled if he can to order his affairs so that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be. If he succeeds in ordering them so as to secure this result, then, however unappreciative the Commissioners of Inland Revenue or his fellow tax-payers may be of his ingenuity, he cannot be compelled to pay an increased tax. » *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster* [1936], AC 1, [1935] All ER Rep 259, 51 TLR 467, 19 TC 490, p. 14; disponible en ligne à www.commonlaw.uottawa.ca (consulté le 6 décembre 2013).

de qu'il a fait, et non de ce qu'il aurait pu faire et encore moins de ce qu'un contribuable moins habile aurait fait. »⁹³

Ce pouvoir qu'octroie la jurisprudence au contribuable est une forme de pouvoir au sens wébérien du terme. Il s'agit d'un pouvoir considéré en tant que relation puisqu'il s'exerce dans « l'organisation des affaires » du contribuable en réponse à la loi fiscale.

Même si l'exercice de ce pouvoir est reconnu par la jurisprudence, il ne saurait être qualifié d'un pouvoir statutaire, d'un pouvoir en tant qu'attribut car, d'une part, il doit être exercé activement par le contribuable pour être effectif : il n'est pas possible de l'utiliser passivement, contrairement à la LIR qui confère ce type de pouvoir à l'État comme nous l'avons exposé dans la section précédente. D'autre part, il demeure, en théorie, en tout temps possible à l'État de légiférer contre la jurisprudence. Au Canada, c'est d'ailleurs ce processus de législations cumulatives ou itératives, selon le cas, qui explique en partie que la LIR, loi qui tenait sur une vingtaine de pages en 1917, compte dorénavant plus de deux mille pages. L'État légifère, au fil du temps et de la jurisprudence, afin de rétablir, corriger ou préciser ses intentions en matière d'imposition.⁹⁴ Appliqué à notre sujet d'étude, ce pouvoir de minimisation de la charge fiscale, disponible et largement utilisé par l'EMN en fiscalité internationale, sera maintenant analysé.

Parce que le pouvoir de l'EMN s'exerce en minimisant la charge fiscale, il est donc effectif dans le cadre des processus dans lesquelles s'engage l'EMN. On parle alors en fiscalité des activités de « planification fiscale ». La plupart du temps, ce pouvoir du contribuable est mis en lumière seulement lorsque l'État examine les activités du contribuable par le biais d'une vérification fiscale; il manifeste sa

⁹³ *Shell Canada Ltée c. Canada*, 1999 3 R.C.S. 622, paragraphe 45; disponible en ligne à <http://www.canlii.org/>.

⁹⁴ Mais il est tout de même intéressant de constater qu'historiquement l'État a choisi de ne jamais remettre directement en cause le principe de la minimisation des obligations fiscales par le contribuable à l'aide de la législation, permettant de ce fait le développement d'une loi de plus en plus complexe.

tangibilité uniquement lors de relations avec l'État.⁹⁵ Pour reprendre l'esprit des propos de Crozier et Friedberg (1977) et Giddens (1982), le pouvoir possédé et exercé par l'EMN en fiscalité internationale est fortement contingent aux exigences administratives de l'État ou des États auxquels il fait face ainsi qu'aux lois et règles fiscales édictées par cet État ou ces États. Il est de plus évolutif selon les circonstances, donc de nature dynamique.

En d'autres temps, ce pouvoir s'exerce à l'abri des regards : il n'est pas scruté par l'administration fiscale, ce qui n'en diminue pas pour autant les effets, notamment sur les recettes fiscales de l'État. Notons qu'exercé ainsi dans l'ombre, cela ne le rend pas immoral ou dénué d'éthique comme nous venons de le constater en examinant ses fondements jurisprudentiels.

Pour la suite de notre exposé, qu'il soit passé sous la loupe de l'administration fiscale ou exercé dans l'ombre, nous qualifierons ce pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale, cette capacité à faire de la planification fiscale, comme étant un pouvoir « procédural ». En science politique, la notion de pouvoir procédural est habituellement utilisée dans l'analyse des coalitions politiques.⁹⁶ On recourt également à la notion de pouvoir procédural lors de l'étude des négociations entre les États.⁹⁷ Afin d'éviter toute confusion possible sur les termes, nous entendons, aux

⁹⁵ Dans certains cas, les médias peuvent mettre en évidence, en parallèle, ce pouvoir de l'EMN en consultant les états financiers disponibles au public. À cet effet, le lecteur peut se référer aux divers exemples présentés au premier chapitre.

⁹⁶ Par exemple : Garcia Perez de Leon, Cesar, 2012, « Does Implicit Voting Matter? Coalitional Bargaining in the EU Legislative Process », *European Union Politics*, Vol. 13, No. 4, pp. 513-34 où on lit en page 522 : « The first information we need to apply to the model refers to the institutional structure of the voting game, that is, the quota of votes needed to form a winning coalition that can implement the decision. In order to represent the EU voting game under co-decision (Art. 169 TEU, amended by Art. 294 of the Treaty of Lisbon as 'ordinary legislative procedure'), I adopt the DEU modelling strategy for cooperative games. This strategy 'endogenizes' the procedural power of EU institutions by always including them as members of the winning coalition (see Thomson and Stokman, 2006: 49-50). » Les références incluses à la citation n'ajoutent pas à l'exemple.

⁹⁷ Par exemple : Solomon, Russell, 1999, « Bargaining with the Strong: New Zealand and Australia's Bilateral Trade Relations With the United States and the European Union », *Political Science*, Vol. 51, No. 2, pp. 149-63 où on lit en page 153 : « Within the bargaining process, weaker

fins de notre exposé, le terme « procédural » au sens commun donné à cet adjectif qualificatif.⁹⁸

Ainsi, en fiscalité, nous comprenons par « procédural », un pouvoir qui le devient seulement lorsqu'il s'exerce par le contribuable à l'aide de démarches spécifiques, dans certaines circonstances. Des efforts actifs de la part du contribuable sont donc requis. En d'autres mots, en fiscalité internationale, par opposition à un pouvoir statutaire, à l'instar de celui possédé par l'État grâce à la LIR, le pouvoir procédural de l'EMN repose sur son exercice laborieux dans certaines situations précises, par le biais d'actions spécifiques, lorsque la conjoncture politique, économique ou juridique est favorable, en réponse à ce pouvoir statutaire de l'État.

De façon générale, il existe diverses façons d'accomplir une planification fiscale pour l'EMN, d'exercer le pouvoir procédural disponible. Mais offrons tout d'abord une brève définition de ce qu'est la planification fiscale. La planification fiscale est habituellement définie en la distinguant de l'évitement fiscal. L'Agence du revenu du Canada explique :

« L'évitement fiscal et la planification fiscale ont en commun des arrangements visant à réduire les impôts et qui sont fondés sur le libellé précis de la réglementation pertinente. Lorsque ces arrangements sont conformes à l'esprit de la loi, on parle de **planification fiscale efficace**. Mais lorsque ces arrangements ne sont pas conformes à l'esprit de la loi, il s'agit alors d'**évitement fiscal**. L'interprétation que donne l'Agence du revenu du Canada à l'expression « évitement fiscal » englobe tous les stratagèmes inacceptables et abusifs de planification fiscale, tandis que la planification fiscale abusive désigne les arrangements qui « excèdent les limites » d'une planification fiscale acceptable.

states may also be able to improve their outcomes through the exercise of what has been described as procedural power in the negotiation process,¹⁶ For example, New Zealand's successful negotiation of better access to the EU, and Australia's negotiation of a capacity provision in its airline negotiations with the US in the late 1980s, are two examples where the process itself helped to improve outcomes for the weaker state. » La note 16 à la citation n'ajoute pas à l'exemple.

⁹⁸ Larousse définit le terme « Procédural » comme étant « [...] : adj. « Relatif à la procédure » ; « Procédure » : « n. f. Ensemble des démarches à accomplir pour obtenir un résultat. » Ces définitions communes de « procédural » et de « procédure » sont incluses à la définition de « procéder » (Larousse encyclopédique, Vol. 18, *Librairie Larousse*, 1979, p. 7617).

L'évitement fiscal se produit lorsqu'un contribuable effectue des transactions qui contreviennent à des dispositions spécifiques en matière d'évitement fiscal. L'évitement fiscal survient également lorsqu'un contribuable réduit ou élimine l'impôt dû au moyen d'une ou de plusieurs transactions qui respectent la lettre de la loi mais qui contreviennent à l'esprit et à l'intention de cette loi. »⁹⁹

La planification fiscale est donc susceptible de contrevenir à la LIR, auquel cas elle devient de l'évitement fiscal.¹⁰⁰ Lorsqu'elle respecte l'esprit de la loi, la planification fiscale est dite « efficace »; elle est alors l'essence même de ce qui constitue le pouvoir procédural détenu par le contribuable en fiscalité. Ce pouvoir prend naissance dans l'organisation des affaires du contribuable, dans l'organisation de ses activités. Cette organisation est possible à l'aide de démarches précises, démarches qui permettront que sa charge d'impôts à payer soit minimisée. C'est cette dimension de ce pouvoir qui illustre, selon nous sans équivoque, qu'il est strictement procédural et non pas un attribut du contribuable.¹⁰¹

⁹⁹ [Caractères gras dans le texte] ; Agence du revenu du Canada, « Qu'est-ce que l'évitement fiscal? », disponible en ligne à <http://www.cra-arc.gc.ca/gncy/lrt/vvw-fra.html> (consulté le 6 décembre 2013).

¹⁰⁰ Nous venons donc de distinguer la planification fiscale de l'évitement fiscal. Notons immédiatement que l'Agence du revenu du Canada distingue également l'évitement fiscal de l'évasion fiscale :

« L'**évasion fiscale** est le fait d'ignorer délibérément une partie précise de la loi. Par exemple, les personnes se livrant à l'évasion fiscale peuvent ne déclarer qu'en partie des recettes imposables ou demander des dépenses non déductibles ou surévaluées. Elles peuvent aussi tenter d'éviter de payer des impôts en refusant volontairement de se conformer aux exigences légales en matière de déclaration.

L'évasion fiscale, contrairement à l'évitement fiscal, a des conséquences sur le plan criminel. En effet, les fraudeurs fiscaux peuvent être poursuivis en cour criminelle. » [Caractères gras dans le texte] (source : *ibid.*).

¹⁰¹ Rappelons que l'exercice de ce pouvoir par l'EMN est analysé dans ce texte sans l'introduction de jugements de valeurs. Comme l'écrivait Strauss (1957) et Winch (1958/1990), cités plus haut, une approche scientifique en sciences sociales se traduit par une analyse fondée sur les faits et, en ce qui a trait à la fiscalité internationale, le droit et les principes applicables plutôt que sur des opinions ou des jugements de valeurs.

Pour notre sujet d'étude, la notion d'un pouvoir procédural du contribuable exige par conséquent que l'on s'attarde aux démarches effectuées par l'EMN, peut-être devrions-nous dire, de façon plus générale, aux stratégies utilisées ou encore disponibles, afin de minimiser sa charge d'impôts à payer; en d'autres mots à sa planification fiscale. L'étude de ces stratégies de planifications fiscales nous amènera à l'élaboration de notre concept du « pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale », concept utile pour compléter la comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire, comparaison requise pour répondre à la question de recherche.¹⁰²

2.5 Le pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale

En fiscalité internationale, les stratégies de planifications fiscales utilisées par l'EMN sont nombreuses et variées. Elles constituent, prises dans leur ensemble, le pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale. Nous regroupons dans cette section les principales stratégies à l'aide d'une classification en deux catégories : celles exploitant l'asymétrie de l'information dans le cadre d'une relation avec l'État domestique, qui seront présentées dans la première sous-section, et celles qui l'exploitent mais en profitant plutôt de la possibilité de faire défection, donc pour mettre fin, au moins partiellement, à cette relation avec l'État, qui seront à leur tour exposées dans la deuxième sous-section. Ce faisant, nous définirons de façon pratique,

¹⁰² En effet, nous souhaitons le rappeler, ces stratégies disponibles et utilisées par l'EMN dans le système actuel, fondé sur le principe de pleine concurrence, doivent nécessairement être au moins partiellement entravées par un nouveau système de fiscalité internationale, fondé sur la taxation unitaire, sans quoi remplacer ce premier par ce dernier ne permettrait pas de résoudre l'inadéquation identifiée entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État quant à sa politique de prix de transfert.

une approche conséquente avec nos choix en termes de méthode, le concept du pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale.¹⁰³

En termes généraux, le concept du pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale se fonde sur l'exploitation de l'asymétrie de l'information à deux niveaux : dans le cours de la relation avec l'État et, lorsque possible et pertinent à l'EMN, dans l'élimination partielle ou complète de cette relation avec l'État. Le pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale se compose ainsi des quatre éléments suivants présentés plus bas :

- l'exploitation de l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité;
- le transfert du fardeau de la preuve;
- l'utilisation de sociétés écran; et
- l'utilisation de sociétés relais.¹⁰⁴

2.5.1 Les stratégies dans le cours de la relation avec l'État

Exploiter l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité

Une première série de stratégies de planifications fiscales, disponibles à l'EMN en fiscalité internationale, est fondée sur l'exploitation directe de l'asymétrie de

¹⁰³ Rappelons notamment les propos de Dahl (1973) déjà cités : « [l']analyse du « pouvoir » n'est pas une simple entreprise de théorisation, mais un travail d'une haute importance pratique. » (Dahl, Robert A., 1973, *op. cit.*, p. 49, reproduit in Lemieux 2009, p. ix).

¹⁰⁴ Une précision nous semble requise avant de procéder à notre exposé. Le concept du pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale, tel que nous le définirons, fait appel à la capacité d'adopter un comportement de défection par l'EMN et à l'exploitation de l'asymétrie de l'information dans sa relation avec l'État. Selon nous, ce sont ces éléments qui sont les plus susceptibles de nous permettre de répondre à la question de recherche, d'expliquer en quoi remplacer le principe de pleine concurrence par la taxation unitaire ne résout pas l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État en matière de prix de transfert. Mais cela ne signifie pas pour autant que l'EMN se limite à ces types de stratégies pour exercer son pouvoir. En effet, on observe également en fiscalité internationale un comportement protestataire énergique de la part de l'EMN ou de ses alliés sur la place publique face à toute politique publique ou action de l'État jugée nuisible au « climat des affaires ». C'est donc dire que plusieurs autres stratégies peuvent et sont vraisemblablement utilisées de manière simultanée par l'EMN. À cet effet, Bernauer et Styrsky (2004) font une application intéressante du modèle Hirschman dans le but d'établir les impacts de la concurrence fiscale sur le comportement des firmes de l'industrie américaine de l'assurance. Ils observent que ces firmes ont des comportements de protestation et de défection effectivement simultanés.

l'information inhérente en fiscalité. Ces stratégies sont utilisées dans le cadre de la relation qu'entretient l'EMN avec l'État, plus précisément l'État domestique, celui qui assujettit une société par actions spécifique à l'imposition. Comme l'explique Gareau (2004), dans un litige juridique, les deux parties impliquées ont évidemment une certaine connaissance des faits. Mais dans le cas de la fiscalité, l'administration fiscale possède habituellement très peu d'informations sur un contribuable donné. En d'autres mots, de façon générale, dans un système démocratique, chaque contribuable possède davantage d'informations que l'État sur sa situation personnelle. Ce monopole relatif d'informations, possédé par le contribuable, peut plus précisément être qualifié d'une situation d'asymétrie de l'information qui favorise le contribuable au détriment de l'État, particulièrement lorsqu'ils sont en relation.

Ainsi, dans sa relation avec l'État, même s'il ne s'agit que de la simple production annuelle d'une déclaration de revenus, le contribuable, sain d'esprit, aura tout intérêt à entretenir et cultiver cette asymétrie de l'information puisqu'elle lui permet d'organiser ses activités, légalement, de façon à minimiser sa charge d'impôts à payer.¹⁰⁵ L'information fiscale circule donc généralement avec certaines difficultés entre le contribuable et l'État domestique. Il ne peut en être autrement dans la mesure où le contribuable et l'État poursuivent des objectifs presque toujours diamétralement opposés.¹⁰⁶ Dit succinctement, l'État collecte des recettes fiscales afin de financer des services à la population tandis que le contribuable prend habituellement tous les

¹⁰⁵ Notre analyse fait évidemment abstraction des cas où le contribuable choisirait consciemment la voie de l'évasion fiscale, un comportement illégal voire criminel en vertu de la LIR, ainsi que des rares cas où le contribuable choisirait, volontairement, de payer le plus d'impôts possibles dans une année donnée par altruisme. Aussi surprenant que cela puisse paraître, certains contribuables choisissent effectivement d'augmenter leur charge d'impôts à payer alors qu'ils sont toujours en vie tandis que d'autres lèguent, par voie testamentaire, tous leurs avoirs au trésor public suite à leur décès.

¹⁰⁶ Au Canada, la Cour suprême du Canada a déjà reconnu cette divergence des objectifs en fiscalité, notamment lors des processus de vérification fiscale et d'enquête. Voir à cet effet l'arrêt *R. c. Jarvis*, (2002), 3 R.C.S. 757, 2002 CSC 73, paragraphe 84 : « [l]e contribuable et l'ADRC ont des intérêts opposés à l'étape de la vérification, mais lorsque l'ADRC exerce sa fonction d'enquête, ils se trouvent dans une relation de nature contradictoire plus traditionnelle en raison du droit à la liberté qui est alors en jeu. » (disponible en ligne à <http://www.canlii.org/>).

moyens légaux, on le précise encore, pour minimiser l'impôt à payer et ainsi maximiser sa richesse personnelle.¹⁰⁷

Dans le cas de l'EMN, nous avons déjà exposé que celle-ci vise à maximiser son profit, par extension la richesse de ses actionnaires. Cette minimisation de la charge d'impôts à payer par l'EMN peut, en théorie, s'opérer sur deux plans distincts : individuellement, face à chaque État ou encore, de façon globale, face à l'ensemble des États. En fiscalité internationale, dans la logique d'une minimisation de la charge d'impôts à payer, l'EMN va forcément choisir la minimisation de sa charge globale d'impôts à payer. La jurisprudence canadienne a récemment reconnu que c'est effectivement la minimisation de la charge globale d'impôts à payer qui est poursuivie par l'EMN. Dans la cause *GlaxoSmithKline Inc. c. La Reine* (2008), le paragraphe 13 du prononcé indique :

« [...] Selon une note de service de Lionel Halpern, contrôleur de gestion des impôts du « groupe » de Glaxo Holdings, la stratégie de Glaxo World visant à réduire au minimum ses impôts à l'échelle mondiale était :

1. de faire autant de bénéfices que possible à Singapour;
2. de réaliser la plus grande part possible des bénéfices restants du groupe au Royaume-Uni;
3. de faire en sorte que le groupe ne paie pas d'impôt à deux reprises sur les mêmes bénéfices [6]. »¹⁰⁸

¹⁰⁷ Précisons de nouveau qu'il serait évidemment possible d'introduire à l'exposé des jugements de valeurs sur cet état de fait mais cela serait contraire à notre méthode. Notons aussi immédiatement que les bénéfices que procure effectivement à l'EMN l'existence de l'asymétrie de l'information proviennent en partie des exigences reliées au « fardeau de la preuve » en fiscalité, tel qu'il est légalement défini et administré dans une société démocratique. Nous y reviendrons sous peu.

¹⁰⁸ La note #6 au paragraphe 13 ajoute : « a) Le fait qu'un contribuable réalise autant de bénéfices que possible et qu'il déploie des efforts légitimes pour payer le moins d'impôt possible sur les bénéfices n'a rien d'incorrect ou d'inadmissible, et je ne tire aucune conclusion défavorable lorsqu'un contribuable agit ainsi. [...] » (*GlaxoSmithKline Inc. c. La Reine*, 2008 CCI 324, disponible en ligne à <http://www.canlii.org/>).

Pour ce faire, dans le domaine du prix de transfert, il est d'abord de la responsabilité de l'EMN d'appliquer le principe de pleine concurrence aux transactions contrôlées effectuées entre ses filiales. Le paragraphe 5.3 des Principes de l'OCDE énonce :

« Tout contribuable doit s'efforcer de déterminer ses prix de transfert sur le plan fiscal conformément au principe de pleine concurrence, sur la base des renseignements dont il peut raisonnablement disposer au moment de cette détermination. Par conséquent, le contribuable doit normalement examiner si ses prix de transfert sont calculés correctement sur le plan fiscal avant de fixer ces prix. Par exemple, il serait souhaitable que le contribuable examine si des données comparables concernant des transactions sur le marché libre sont disponibles. »

Le paragraphe 5.4 précise que l'EMN devrait faire de prudence et de diligence dans l'établissement de ses prix de transfert. L'EMN devrait de plus conserver une documentation écrite de ses actions :

« Pour l'application de ces principes, il serait normal que le contribuable établisse des pièces écrites – ou s'y réfère – témoignant des efforts qu'il a déployés pour se conformer au principe de pleine concurrence, ces documents faisant notamment état des informations à la base de la fixation des prix de transfert, des facteurs pris en compte et de la méthode retenue. L'administration fiscale est en droit d'attendre du contribuable, lorsqu'il fixe ses prix de transfert pour une certaine activité industrielle ou commerciale, qu'il établisse ou se procure de tels documents relatifs à la nature de l'activité et à la détermination des prix de transfert et qu'il les conserve pour pouvoir les produire en tant que de besoin à l'occasion d'une vérification fiscale. »¹⁰⁹

¹⁰⁹ Notons que l'expression en fin de citation « pour pouvoir les produire en tant que de besoin à l'occasion d'une vérification fiscale » devrait probablement se lire « pour pouvoir les produire en cas de besoin à l'occasion d'une vérification fiscale ». La suite de la partie B du chapitre 5 des Principes de l'OCDE détaille davantage les obligations de l'EMN en matière de documentation de ses transactions contrôlées. À titre indicatif, l'initiative « BEPS OCDE/G20 » a mené au remplacement du chapitre 5 lors de la publication des *Instructions relatives à la documentation des prix de transfert et aux déclarations pays par pays* le 29 octobre 2014 (version originale anglaise publiée le 16 septembre 2014). Ce nouveau chapitre 5 précise les obligations en matière de documentation.

Au Canada, en fiscalité domestique et internationale, les contribuables doivent se soumettre à diverses exigences législatives. Nous avons, par exemple, déjà énoncé l'obligation de la plupart des contribuables à produire chaque année une déclaration de revenus en vertu de la LIR.¹¹⁰ D'autres obligations sont beaucoup plus précises et s'appliquent dans des situations spécifiques. Par exemple, en fiscalité internationale, l'EMN qui participe à des transactions contrôlées, des opérations faisant appel à un prix de transfert, est tenu de produire annuellement une déclaration de renseignements en lien avec ces transactions contrôlées.¹¹¹ De plus, sur demande, elle doit produire la documentation ponctuelle sur les prix de transfert en vertu du paragraphe 247(4) de la LIR. Enfin, elle peut, comme tout autre contribuable, être assujettie à la vérification fiscale, un processus administratif dévolu à l'administration fiscale par loi, ce qui inclut la vérification spécifique des transactions contrôlées.¹¹²

Dans un premier temps, l'EMN possède donc une préséance absolue sur l'État dans la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée, bien qu'elle doive ensuite fournir certaines de ces informations à l'administration fiscale. Cela va de soi puisque ces prix doivent, comme l'a exposé la recension des écoles de prix de transfert, en premier lieu quantifier les transactions commerciales qui se déroulent entre les entités de l'EMN.¹¹³

Mais la détermination des prix de transfert permet également la minimisation de la charge globale d'impôts à payer. Les deux prochains chapitres, sur le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire, nous permettront d'illustrer un nombre important de situations où l'EMN peut exploiter favorablement cette préséance, en termes d'informations, lors de l'organisation de ses activités commerciales. Pour

¹¹⁰ *Loi de l'impôt sur le revenu*, article 150.

¹¹¹ *Ibid.*, article 233.1.

¹¹² *Ibid.*, article 231.1.

¹¹³ D'un point de vue fiscal, cela est également cohérent avec l'existence d'un système fondé sur le principe d'autocotisation; nous reviendrons sous peu sur cet aspect dans l'exposé sur le transfert du fardeau de la preuve.

l'EMN, il est alors question, grâce aux processus d'internalisation des coûts et de l'information, de profiter pleinement de cette asymétrie de l'information inhérente en fiscalité dès le moment de la détermination des prix de transfert de transactions contrôlées. C'est ainsi la stratégie première et primaire de l'EMN : exploiter à son avantage l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité, premier élément constitutif du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale.¹¹⁴

Transférer le fardeau de la preuve vers l'État

Toutefois, dans un deuxième temps, l'État domestique peut remettre en cause cette détermination des prix de transfert effectuée par l'EMN, habituellement suite à une vérification fiscale. Mais, l'administration fiscale de cet État doit alors composer avec ce que l'on nomme le « fardeau de la preuve » tel qu'il s'applique en fiscalité. Au Canada, l'Agence du revenu émet tout d'abord un « avis de cotisation » au contribuable suite à la production d'une déclaration de revenus.¹¹⁵ Par la suite, le contribuable peut être soumis à un processus de vérification fiscale plus ou moins exhaustif. Tel qu'expliqué précédemment, cela peut varier d'une simple demande d'informations à une vérification fiscale exhaustive s'étendant sur plusieurs années. De ce processus, découle ordinairement un « avis de nouvelle cotisation » face auquel le contribuable peut s'opposer administrativement ou juridiquement.¹¹⁶

En vertu du paragraphe 152(8) de la LIR, « [...] une cotisation est réputée être valide et exécutoire malgré toute erreur, tout vice de forme ou toute omission dans

¹¹⁴ Pour le moment, nous nous limiterons à énoncer, sans plus de détails, que la quantité d'éléments entrant dans la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée à l'aide du principe de pleine concurrence ouvre la voie à de nombreuses opportunités de manœuvres comptables et fiscales par l'EMN. Nous verrons de plus que ces opportunités demeurent disponibles dans un système de fiscalité internationale qui serait fondé sur la taxation unitaire.

¹¹⁵ *Op. cit.*, paragraphe 152(2) : « Après examen d'une déclaration, le ministre envoie un avis de cotisation à la personne qui a produit la déclaration. »

¹¹⁶ L'avis de nouvelle cotisation est permis en vertu du paragraphe 152(4) de la LIR; le paragraphe 165(1) permet l'opposition.

cette cotisation ou dans toute procédure s'y rattachant en vertu de la présente loi. »¹¹⁷ Cette provision législative est conséquente avec le fait que, dans un système démocratique, l'impôt est perçu par l'autocotisation des contribuables. Il revient donc d'abord au contribuable d'indiquer la présence, ou le cas échéant, l'absence de revenus aux fins de l'impôt sur le revenu, lors de la production de sa déclaration de revenus ou à une étape subséquente.¹¹⁸ En fiscalité, le contribuable compose ainsi le premier avec le fardeau de la preuve face à l'État.

Par la suite, lors de la production d'un avis de cotisation ou d'un avis de nouvelle cotisation par l'État, il incombe à l'administration fiscale de documenter adéquatement sa position. Cette nécessité, qui n'est pas prescrite par la LIR, a été confirmée par la jurisprudence.¹¹⁹ Comme l'explique Gareau (2004), « [l]e contribuable peut se décharger de son fardeau de démontrer que la cotisation n'est pas fondée en établissant que le ministre n'a pas appuyé sa décision sur les faits allégués, que les faits allégués ne sont pas pertinents ou encore en « détruisant » les présomptions de fait du ministre. »¹²⁰ L'auteur souligne également qu'en respect de la jurisprudence, les faits utilisés par l'administration fiscale pour soutenir une

¹¹⁷ Une cotisation inclut également une nouvelle cotisation.

¹¹⁸ Il va de soi qu'indiquer l'absence de revenus ne se fait pas lors de la déclaration de revenus. Mais une telle exigence peut apparaître suite à une vérification fiscale dans des circonstances particulières. Par exemple, dans la cause *Gauthier c. Agence du revenu du Québec* (2012), le contribuable devait démontrer au tribunal que l'avis de nouvelle cotisation émis par l'Agence du revenu du Québec était sans fondement puisque les revenus auxquels il faisait référence n'existaient pas. Le contribuable a fait cette démonstration avec succès (*Gauthier c. Agence du revenu du Québec*, 2012 QCCQ 2563, disponible en ligne à <http://www.canlii.org>).

¹¹⁹ Étonnamment, dans la réalité, le paragraphe 152(3) de la LIR suggère plutôt l'inverse : « [l]e fait qu'une cotisation est inexacte ou incomplète ou qu'aucune cotisation n'a été faite n'a pas d'effet sur les responsabilités du contribuable à l'égard de l'impôt prévu par la présente partie »; d'où l'importance de la jurisprudence sur cette question qui vient diminuer considérablement la probabilité qu'un contribuable soit assujéti à une cotisation arbitraire.

¹²⁰ Gareau, Alain, 2004, « Le fardeau de la preuve en matière fiscale », Ministère de la Justice du Canada, *Colloque APFF No. 145*, 18 novembre 2004 (version électronique); aucune référence n'est disponible sur la page exacte d'où provient la citation. Notons par ailleurs que cette démarche, plus ou moins linéaire, est nécessaire autant dans le contexte administratif que juridique.

cotisation doivent être « précis et exacts » de sorte que le contribuable puisse y répondre.¹²¹

En d'autres mots, il sera possible au contribuable de renverser le fardeau de la preuve, c'est-à-dire d'en faire porter la charge à l'État, en démontrant la non-pertinence de l'avis de cotisation produit par l'administration fiscale, que celui-ci soit subséquent à une vérification fiscale ou non. Barsalou (1994) explique : « [qu']il convient de retenir que la partie qui assume le fardeau doit généralement prouver les allégués essentiels à sa cause par une preuve documentaire et/ou testimoniale suffisamment claire et crédible. » (p. 117).

De ce fait, l'EMN devrait, théoriquement et logiquement, adopter une stratégie, en termes de comportements, qui sera relativement « opaque » en prévision d'une vérification fiscale éventuelle par l'État portant sur la détermination de ses prix de transfert. La deuxième série de stratégies de l'EMN consiste donc à transférer le fardeau de la preuve vers l'État qui, en l'absence d'informations probantes, verra vraisemblablement sa cotisation ou nouvelle cotisation battue, soit lors du processus administratif d'opposition ou encore suite à un recours judiciaire. Notre affirmation pourrait surprendre mais elle n'est pas nouvelle, ni originale.

Il y a plus de 40 ans déjà, Copithorne (1971) suggérait que l'EMN peut carrément « manipuler » les prix de transfert de ses transactions contrôlées en réponse aux lois fiscales.¹²² Notre recension d'un nombre important d'études empiriques arrivant à la

¹²¹ Gareau (2004) fait référence aux propos contenus dans l'arrêt *Anchor Pointe Energy Ltd. c. La Reine*, 2003 CAF 294, qui énonce au paragraphe 23: « [a]lléguer l'existence d'hypothèses confère comme avantage important à la Couronne de renverser le fardeau de preuve, de sorte que le contribuable doive réfuter les hypothèses du ministre. Les faits allégués comme hypothèses doivent être précis et exacts afin que le contribuable sache bien clairement ce qu'il faudra prouver. Il n'y a aucune raison pour que l'exigence de précision et d'exactitude ne s'applique pas à l'énoncé exact par la Couronne des circonstances ayant donné lieu aux hypothèses, soit l'établissement d'une cotisation, l'établissement d'une nouvelle cotisation ou la ratification d'une cotisation. » Pour une présentation très détaillée sur cette question, voir Barsalou (1994), pp. 114-17.

¹²² Copithorne (1971) écrivait : « Transfer prices are a useful tool in moving profits from one company to another, perhaps via a third company. [...] The larger the number of products being

conclusion que l'EMN utilise effectivement les paradis fiscaux, afin de minimiser l'impôt à payer, confirme aussi ce phénomène.¹²³ Plus spécifiquement, McIntyre et McIntyre (1993) suggèrent que « la complexité et l'incohérence du système en place encouragent l'EMN à produire une déclaration de revenus que l'on peut comparer à une « offre minimale » dans un jeu d'évitement fiscal où elle détient la plupart des bonnes cartes. »¹²⁴ Enfin, Gresik (2001) va encore plus loin en affirmant que l'État ne peut tout simplement pas espérer mesurer adéquatement le profit de l'EMN.¹²⁵

Mais une nuance est nécessaire. Par l'adoption de comportements opaques, pour l'EMN, il ne s'agit évidemment pas de dissimuler l'ensemble de l'information disponible mais plutôt d'en révéler uniquement le strict minimum requis afin d'être en conformité avec la loi. D'une part, camoufler l'ensemble de l'information mènerait rapidement à être en contravention avec la LIR qui prévoit des obligations précises en matière de divulgation d'informations telle que nous l'avons présenté plus haut. D'autre part, compte tenu de la jurisprudence, un comportement totalement opaque aurait pour effet d'établir que le fardeau de la preuve incombe seulement au contribuable, ce qui serait bien sûr incompatible avec les stratégies disponibles.¹²⁶

shipped between subsidiaries, the greater is the degree of freedom the corporation has in moving its profits about and in setting what look like "reasonable" transfer prices. » (p. 337).

¹²³ Les paradis fiscaux contribuent directement à rendre « opaques » les activités de l'EMN puisqu'ils ne sont pas assujettis à la loi fiscale d'un État donné, d'où cet intérêt des pays membres de l'OCDE pour les Accords d'échange de renseignements fiscaux, présentés au premier chapitre, dans l'espoir d'éclaircir, au moins partiellement, cette obscurité fiscale.

¹²⁴ En anglais, ils écrivent : « [...] the complexity and incoherence of the current system encourages multinational firms to file U.S. tax returns that can be compared to "low-ball opening bids" in a tax-avoidance game in which the companies hold most of the cards. » (p. 853).

¹²⁵ En anglais, il écrit : « In the extreme, the combined impact of these three dimensions suggests what one might consider a corollary to Godel and Miller's Tax Proposition: Governments cannot accurately measure transnational profits they plan on taxing. » (p. 801). La proposition d'origine de Godel and Miller énonce : « No finite and feasible system of business taxation can collect positive revenues. » (reproduite dans Ross, Stephen. 1988, « Comment on the Modigliani-Miller Propositions », *Journal of Economic Perspective*, Vol. 2, No. 1, pp. 127-33, in Gresik (2001), p. 800).

¹²⁶ Dans un autre ordre d'idées, soulignons en quelques mots que l'EMN qui anticipe ne pas être en mesure de transférer ce fardeau de la preuve vers l'État pourrait par ailleurs se prévaloir d'un mécanisme administratif actuellement disponible dans la plupart des États : l'arrangement préalable en matière de prix de transfert. Au Canada, comme l'explique le paragraphe 1 de la circulaire

Transférer le fardeau de la preuve vers l'État est donc le deuxième élément constitutif du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale. Il va de soi que les démarches menant à ce transfert seront spécifiques à chaque contribuable, à chaque situation.

Conclusion

Nous venons d'exposer les deux principales séries de stratégies disponibles à l'EMN pour exploiter l'asymétrie de l'information existant en fiscalité internationale dans le cours de sa relation avec l'État. Cet ensemble de stratégies constitue une partie du pouvoir procédural disponible et utilisé par l'EMN. L'exercice de ce pouvoir procédural fait contrepoids, dans certaines circonstances, lorsque les conditions sont favorables à l'EMN, au pouvoir statuaire, que ce soit en tant qu'attribut ou en termes de relation, qu'accorde à l'État la LIR.

D'un côté, ces stratégies s'avèrent importantes pour notre analyse car elles permettent de se questionner sur la pertinence de remplacer la politique de prix de transfert actuelle, fondée sur le principe de pleine concurrence, par une nouvelle politique appuyée sur la taxation unitaire. En d'autres mots, dans la mesure où ce remplacement ne permet pas de diminuer les litiges juridiques ou encore de combattre, au moins partiellement, l'exploitation de l'asymétrie de l'information qui est intrinsèque à ces stratégies, il est raisonnable de se demander si ce remplacement peut

d'information 94-4R *Prix de transfert international: Arrangement préalable en matière de prix de transfert (APP)*, « [c]e programme a pour but d'aider les contribuables à déterminer des méthodes d'établissement de prix de transfert (MEPT) appropriées, lorsqu'ils participent à des opérations ou à des arrangements avec des personnes non résidentes avec lesquelles ils ont un lien de dépendance. » Nous avons œuvré dans ce programme pendant quelques années à titre d'économiste. Dans sa finalité, le programme offre à l'EMN l'opportunité de faire « preuve de transparence », du moins en apparence, lors de la détermination de ses prix de transfert qui se fera alors avec le concours et l'approbation tacite des États où se trouvent les entités participant à une ou plusieurs transactions contrôlées (voir les paragraphes 58 à 68 de la circulaire à ce sujet). Dans la mesure où c'est à l'EMN que revient l'exclusivité d'initier une telle démarche, il est possible d'y insérer uniquement les transactions contrôlées comportant des « défis particuliers » du point de vue de l'EMN en regard du fardeau éventuel de la preuve ou encore relativement à l'asymétrie de l'information.

venir résoudre l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État en matière de prix de transfert.

Mais d'un autre côté, les résultats qui seront finalement obtenus par l'EMN grâce à l'utilisation de ces stratégies sont évidemment incertains. En effet, nul ne saurait dire comment un processus de vérification fiscale ou encore de nature juridique se terminera. Cela explique les stratégies alternatives également utilisées par l'EMN. Le pouvoir procédural de l'EMN s'exerce de la sorte tout autant par l'utilisation de nombreuses possibilités de faire défection, un comportement spécifique sur lequel nous allons maintenant nous pencher.

2.5.2 Les stratégies remettant en cause la relation avec l'État

Le système de fiscalité en place, domestique et international, est avant tout chose géographique dans sa nature. Il est fondé sur la territorialité géographique et la provenance géographique du revenu. Cet état de fait, la connotation exclusivement géographique de l'impôt, est évidemment cohérent avec le système westphalien existant, système où seul l'État domestique est souverain sur son territoire.¹²⁷

Ainsi, en fiscalité, dans certains cas spécifiques, c'est la résidence fiscale d'une entité, le territoire géographique où elle est située physiquement, qui détermine quel État domestique possède la primauté en matière de taxation.¹²⁸ Dans d'autres cas, notamment pour les bénéfices provenant d'une entreprise exploitée activement par une société par actions, c'est la provenance géographique du revenu qui aura

¹²⁷ Rappelons, à ce titre, les propos de Gyarmati (2010) qui définit ainsi le système westphalien : « States have the absolute monopoly of legitimate large-scale use of force and they are the sole subjects of international law. » (pp. 40-41).

¹²⁸ Par exemple, au Canada, le paragraphe 2(1) de la LIR énonce : « [u]n impôt sur le revenu doit être payé, ainsi qu'il est prévu par la présente loi, pour chaque année d'imposition, sur le revenu imposable de toute personne résidant au Canada à un moment donné au cours de l'année. » Dans le cas d'une société par actions, la résidence à des fins fiscales s'établit spécifiquement par l'application du paragraphe 250(4). Cela inclut notamment les sociétés par actions légalement constituées au Canada.

préséance.¹²⁹ Ces règles expliquent les motivations de l'EMN à installer au moins une entité corporative dans un paradis fiscal. Ce faisant, elle met en place une entité de laquelle pourra éventuellement provenir le revenu, donc les bénéfices. On dit que l'EMN y crée ainsi un « nexus », tirant dès lors avantage de l'imposition selon la provenance géographique du revenu prévue en fiscalité internationale. Cet arrangement ouvre la porte à l'exploitation de diverses formes d'arbitrage entre divers systèmes de fiscalité domestique pour l'EMN.¹³⁰

Un exemple historique permettra de bien saisir l'utilité conceptuelle, pour l'EMN, de l'arbitrage entre divers systèmes de fiscalité domestique. Gramlich et Wheeler (2003) relatent les activités commerciales des pétrolières Chevron et Texaco en Indonésie à partir du milieu des années 1960 jusqu'en 2001. Ils expliquent que tout ce temps, Chevron et Texaco ont opéré conjointement un groupe de sociétés par actions, connu sous le nom de CALTEX, localisé en Indonésie, pour l'exploitation de gisements pétroliers. Les transactions contrôlées du groupe CALTEX avec leurs contreparties américaines et européennes étaient structurées de façon à ce que les filiales de Chevron et Texaco versent à CALTEX des prix excessifs, plutôt que de

¹²⁹ L'article 7 des conventions fiscales bilatérales prévoit que l'imposition des bénéfices d'une entreprise se fait par l'État d'où provient le bénéfice, lorsque l'EMN y possède un établissement stable ou, en termes non techniques, une présence physique.

¹³⁰ Le lecteur serait peut-être ainsi tenté de remettre en question la fiscalité fondée sur la provenance géographique du revenu. Mais l'ennui d'un système qui fonctionnerait uniquement à l'aide d'une imposition selon la résidence fiscale peut se résumer comme suit. En termes simples, lorsque le bénéfice d'une EMN est uniquement imposé selon la résidence fiscale de l'entité, cela implique que l'EMN, dont la maison-mère est au Canada, est imposée uniquement au Canada; de même, l'EMN, dont la maison-mère est aux États-Unis, est imposée uniquement aux États-Unis; etc. Un tel système est donc particulièrement désavantageux, même encore de nos jours, pour les pays d'Asie, d'Amérique latine, d'Afrique et, il est vrai, les paradis fiscaux, étant donné le nombre relativement restreint d'EMNs qui y ont effectivement leur maison-mère dûment constituée, à laquelle pourrait s'appliquer l'imposition de ces pays. Langbein (1986) explique que le système de l'imposition fondée uniquement sur la résidence fut précisément rejeté pour cette raison dans les années 1920 par la Société des Nations (voir à ce sujet, League of Nations, 1927, *Double Taxation and Tax Evasion. Report Presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*. C. 216. M 85. 1927 II). Par ailleurs, on notera que le problème de la concurrence fiscale dommageable, tel que décrit par l'OCDE, serait de ce fait partiellement renversé : ce ne sont plus les pays industrialisés qui en seraient les victimes mais plutôt les pays dits en développement.

pleine concurrence, sur le pétrole indonésien. Cette démarche permettait de créer des profits imposables plus importants chez le groupe CALTEX, situé en Indonésie.

Suite au paiement d'impôts relativement faibles au gouvernement indonésien, le versement d'importants dividendes par le groupe CALTEX aux filiales américaines et européennes bénéficiait d'un traitement fiscal favorable par le truchement de diverses entités corporatives exploitant les règles des conventions fiscales bilatérales existantes. Chevron et Texaco jouissaient ainsi de taux d'imposition globaux effectifs largement inférieurs aux taux d'imposition statutaires a priori applicables.¹³¹ Les auteurs estiment que ces arrangements ont permis à Chevron et Texaco d'éviter de payer annuellement 220 millions d'impôts au gouvernement fédéral américain entre 1964 et 2002 et plusieurs centaines de millions de dollars d'impôts aux états américains également concernés pour la même période.

Cet exemple historique d'arbitrage entre divers systèmes de fiscalité domestique met en lumière les principales stratégies de défection de l'EMN, une notion d'abord développée par Hirschman (1970) dans le contexte de la science politique. Faire défection veut dire mettre fin ou de se retirer d'une relation. Ce comportement est habituellement associé à la dimension économique ou commerciale de la vie en société. Faire défection s'observe fréquemment lorsque le consommateur met fin à un contrat ou encore lorsqu'une entreprise change de fournisseur.

En fiscalité internationale, la controverse sur l'utilisation des paradis fiscaux par l'EMN reflète un comportement qui s'apparente au phénomène de la défection. Dans un pays spécifique, l'EMN tente alors de mettre fin, au moins partiellement, à sa relation contractuelle implicite avec l'État domestique en regard de ses obligations fiscales qu'elle diminue ou élimine complètement.¹³² En fiscalité, l'adoption d'un

¹³¹ Qui plus est, en retour des impôts artificiellement plus élevés perçus, le gouvernement indonésien octroyait au groupe CALTEX l'accès à des ressources pétrolières supérieures à ce qui était prévu au *production-sharing contract* formel.

¹³² On peut aussi vraisemblablement associer à cette notion l'idée de la « fuite » développée chez Bernard (1992) et Tremblay (1998) qui abordent, dans le contexte canadien, l'évitement fiscal et

comportement de défection met fin, au moins partiellement, à cette relation entre l'État et le contribuable car il permet à ce dernier de se soustraire, au moins en partie, à ses obligations fiscales.¹³³ L'adoption d'un comportement de défection rend également plus complexe et ardue la vérification du contribuable par l'administration fiscale.¹³⁴ Ces stratégies de comportements de défection exploitent donc encore l'asymétrie de l'information mais de façon beaucoup plus radicale du point de vue de l'État.

Afin de compléter notre définition du concept de pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale, nous allons maintenant examiner les deux principales séries de stratégies reliées au comportement de défection qui sont disponibles et généralement employées par l'EMN dans l'organisation de ses affaires commerciales relativement à ses prix de transfert :

- l'utilisation des sociétés écran; et
- l'utilisation des sociétés relais.

L'utilisation des sociétés écran

Nous venons de le voir, l'imposition d'un contribuable repose sur le fait que celui-ci est un résident, au sens fiscal du terme, de l'État domestique qui entend l'imposer. L'EMN, à titre de contribuable, n'échappe pas à cette règle. Au plan fiscal, il existe ainsi une relation entre l'EMN et l'État. Mais cette relation peut être abusée par le contribuable. L'OCDE explique :

l'évasion fiscale. Mais ces deux contributions se limitent à une analyse en des termes non techniques, dans l'espace domestique principalement, pour ne pas dire exclusivement.

¹³³ Considéré dans cette perspective, en fiscalité, il existe un lien relativement significatif entre les obligations fiscales d'un contribuable et l'existence d'une relation avec l'État. En effet, pour amener ce raisonnement à sa finalité, même si en l'absence d'obligations fiscales il subsiste encore certaines situations où le contribuable doit produire une déclaration de revenus en vertu de la loi, il serait difficile de prétendre qu'une réelle relation existe alors toujours entre celui-ci et l'État puisque la raison d'être de la loi fiscale consiste à collecter des recettes fiscales et non pas simplement à faire en sorte que le contribuable produise sa déclaration de revenus.

¹³⁴ De nombreux exemples soutenant cette affirmation seront exposés dans le prochain chapitre.

« Depuis de nombreuses années, les contribuables ont recours de manière croissante à ce que l'on appelle des « sociétés écran » (*base companies*). Ces sociétés, le plus souvent établies dans des zones à faible imposition, sont utilisées dans le but d'y mettre à l'abri des revenus et de réduire ainsi les impôts dus dans le pays du domicile du contribuable. » [*Italiques dans le texte*] (OCDE 2013e, p. R(5)-2).

Les sociétés écran sont extrêmement utiles pour l'EMN en prix de transfert. Ces sociétés remplissent plusieurs fonctions dans l'organisation des affaires commerciales du contribuable afin de minimiser sa charge globale d'impôts à payer. Elles sont de la sorte presque toujours localisées dans les paradis fiscaux. L'OCDE explique :

« [...] la fonction essentielle d'une société écran consiste à recueillir des revenus qui normalement devraient échoir directement au contribuable. Le contribuable n'est pas, en principe, imposable sur le revenu reçu par la société écran, alors que ce revenu lui appartient et qu'il peut même souvent en diriger l'affectation. En l'absence de mesures préventives, la société écran située dans un pays à faible imposition peut donc servir d'abri contre l'imposition des revenus en cause dans le pays de résidence du contribuable. » (OCDE 2013e, p. R(5)-4).

Cet « abri », la société écran, permet donc à l'EMN, en tant qu'ensemble d'entités corporatives, de payer moins d'impôts, de réduire son taux d'imposition global effectif comparativement aux taux d'imposition statutaires prévus dans les divers États où œuvrent ses diverses entités. C'est la conséquence primaire et directe du comportement de défection. Pour un État spécifique, l'utilisation de cet abri par l'EMN évacue de sa juridiction territoriale certaines des activités commerciales de celle-ci, ce qui crée de nouvelles difficultés pour la conduite d'une vérification fiscale et l'élaboration de la preuve nécessaire à un éventuel avis de nouvelle cotisation.

L'OCDE identifie trois types de sociétés écran remplissant différentes fonctions chez l'EMN : celles qui « administrent des biens », les « pivots financiers » et les sociétés « opérationnelles » (OCDE 2013e, pp. R(5)-5-6). Chacun de ces types de sociétés écran peut jouer un rôle spécifique lors de l'organisation des affaires

commerciales de l'EMN en prix de transfert. Par exemple, une société écran qui administre des biens prendra la propriété des biens incorporels manufacturiers et de commercialisation de l'EMN, ce qui lui donnera potentiellement droit à d'importantes redevances.¹³⁵ Ces redevances payables à la société écran sont ainsi faiblement ou pas du tout imposées dans le paradis fiscal.¹³⁶

Autre exemple, le recours à un pivot financier permet la mise en place d'une société écran qui s'occupera des besoins en financement de l'ensemble des entités de l'EMN. Ce faisant, des sommes importantes en revenus d'intérêts seront, elles aussi, faiblement ou pas du tout imposées dans le paradis fiscal.¹³⁷ Tant ces paiements d'intérêts que ces redevances représentent des charges comptables pour les entités qui les déboursent. Ces charges sont déductibles fiscalement lors du calcul de l'impôt à payer par ces entités. Elles ont donc pour conséquence de réduire le revenu imposable et dès lors l'impôt à payer dans les pays où se situent ces entités payeuses.¹³⁸

¹³⁵ Un bien incorporel manufacturier est, comme son nom l'indique, habituellement associé aux fonctions manufacturières d'une entreprise. Le bien incorporel manufacturier est généralement développé par la fonction de R&D de l'entreprise (parfois en collaboration avec la fonction manufacturière). Cela peut être un secret industriel, un processus manufacturier particulier, un brevet, un modèle (« blue print »), etc. La plupart des entreprises œuvrant dans les secteurs industriels et de la transformation possèdent des biens incorporels manufacturiers. Voir les paragraphes 6.3 et 6.5 des Principes de l'OCDE pour plus de détails. Le bien incorporel de commercialisation origine également d'une propriété intellectuelle mais d'une nature différente. Il est communément associé aux fonctions de commercialisation de l'entreprise. Ce peut être un logo, un pictogramme, une marque de commerce, un slogan, etc. Voir le paragraphe 6.4 des Principes de l'OCDE à cet effet.

¹³⁶ D'autres exemples pratiques de l'utilisation d'une société écran pour l'administration de biens incorporels sont présentés dans le document suivant : États-Unis, IRS, Joint Committee on Taxation (2010), *JCX-37-10*. Voir spécifiquement le résumé aux pages 105-7.

¹³⁷ Des exemples, davantage techniques, sont présentés dans le document d'information « L'évitement fiscal international et les « paradis fiscaux » », publié par le Ministère des Finances du Canada, *Communiqué 2007-041*, disponible en ligne à http://www.fin.gc.ca/n07/data/07-041_2-fra.asp (consulté le 6 décembre 2013). Voir plus précisément les schémas #1 et #2 au document.

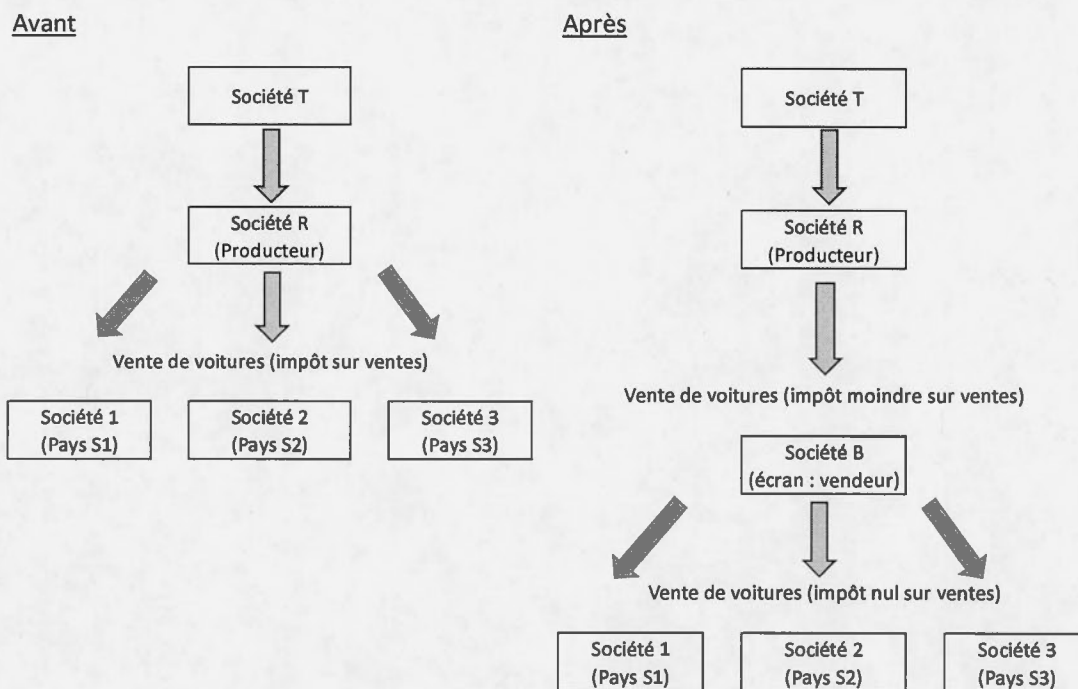
¹³⁸ Au Canada, les paiements d'intérêts sont déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)c) de la LIR. Les redevances sont également déductibles dans le calcul du revenu imposable en vertu du paragraphe 18(1) mais en tenant compte de la retenue d'impôt de 25 % potentiellement applicable en vertu de la partie XIII de la LIR et des provisions pertinentes de la convention fiscale bilatérale applicable, le cas échéant, qui peuvent venir réduire ce taux de retenue.

Enfin, dans le cas des sociétés opérationnelles, elles permettent principalement à l'EMN de faire transiter des biens corporels par une société écran qui pourra alors en conserver une partie ou même la totalité des bénéfices imposables qui y sont associés.¹³⁹ L'OCDE explique :

« [la société par actions] T est propriétaire d'une entreprise qui produit des voitures dans le pays R et les vend dans les pays S1, S2 et S3. Ces voitures sont vendues à des grossistes installés dans ces pays, ou dans d'autres, par l'intermédiaire d'une société écran établie dans le pays B qui fait office de société de vente et sert de refuge pour une partie du produit de ces ventes. » (OCDE 2013e, p. R(5)-7).¹⁴⁰

¹³⁹ Les références à l'utilisation de paradis fiscaux par les sociétés Apple, Google, Amazon et GE, présentées au premier chapitre, illustrent notamment ce recours aux sociétés écran en tant que sociétés opérationnelles.

¹⁴⁰ Pour d'autres exemples, cette fois un peu plus complexes, voir les exemples « Alpha » et « Bravo » reproduits aux pages 58 et 67 du document *JCX-37-10*, déjà cité.

Figure 2.1 Insertion d'une société écran ¹⁴¹

Ces quelques exemples suffisent à comprendre en quoi la stratégie d'un comportement de défection par l'EMN s'inscrit dans son exercice de planification fiscale visant à minimiser sa charge globale d'impôts à payer. Cette stratégie est toutefois beaucoup plus brutale que celles précédemment exposées : elle soustrait de l'assujettissement à l'impôt, d'un État domestique donné, des sommes pouvant devenir très importantes sans pratiquement aucune possibilité de représailles judiciaires, de la part de cet État domestique, en dépit de l'existence du pouvoir statutaire octroyé par la loi fiscale.

Au Canada, ces représailles disponibles à l'État face à l'utilisation de sociétés écran consistent principalement à effectuer des demandes de renseignements ou de

¹⁴¹ Bien que l'exemple provienne de l'OCDE, la figure est de nous.

documents étrangers en vertu de l'article 231.6 de la LIR (le pendant de l'article 231.2 pour les demandes de renseignements et de documents domestiques) ou encore à tenter d'appliquer la règle générale anti-évitement, prévue à l'article 245, dans le contexte de la fiscalité internationale. Mais, à la lecture de ces articles de la LIR et de la jurisprudence qui y fait référence, on doit retenir que ces démarches se transforment habituellement en batailles judiciaires extrêmement féroces puisqu'elles peuvent donner lieu, pour le contribuable, à des amendes, l'impossibilité d'admettre en preuve des informations ou des documents ou encore mener, dans des circonstances exceptionnelles, à des peines d'emprisonnements.¹⁴² Bref, composer avec le fardeau de la preuve est généralement très exigeant, pour ne pas dire écrasant, pour l'administration fiscale même dans un contexte d'application domestique de ces provisions.¹⁴³ L'utilisation de sociétés écran est donc le troisième élément constitutif du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale.

L'utilisation des sociétés relais

À l'image de l'exemple historique portant sur Texaco et Chevron que nous avons présenté plus haut, suite à la comptabilisation des profits dans une société écran, l'EMN cherchera éventuellement à rapatrier ces profits vers la maison-mère, habituellement localisée dans un pays où le taux d'imposition statutaire est élevé. Ce rapatriement des bénéfices est généralement possible par le biais de dividendes aux

¹⁴² Pour en savoir davantage sur la jurisprudence à ce jour, voir les notes sous les articles 231.6 et 245 de la LIR produites par David Sherman dans *La loi du praticien: Loi de l'impôt sur le revenu 2012*, 26^e édition, Carswell, ou une édition subséquente du même ouvrage.

¹⁴³ Pour l'État, leur applicabilité internationale respective n'est pas, par ailleurs, toujours forcément certaine compte tenu de la juridiction effectivement limitée au territoire canadien de la LIR. Au plan domestique, s'ajoute de plus l'incertitude quant à leur applicabilité effective étant donné l'existence de provisions législatives moins contraignantes pour le contribuable (voir le libellé du paragraphe 245(4) à cet effet). Notons enfin, au Canada, que certaines sociétés écran pourraient être assujetties au régime sur le revenu étranger accumulé tiré de bien (REATB) sur lequel nous revenons plus loin.

actionnaires afin de minimiser les conséquences fiscales négatives pour l'EMN.¹⁴⁴ Dans des circonstances normales, la réception de dividendes provenant d'une entité située dans un paradis fiscal donnera lieu à un impôt à payer par la maison-mère.¹⁴⁵ Du point de vue de l'EMN, une stratégie complémentaire à l'utilisation des sociétés écran est dès lors requise pour minimiser la charge d'impôts à payer concernée.

Afin d'éliminer ou d'amoindrir cet impôt à payer, la stratégie générale employée par l'EMN consiste à faire d'abord transiter les dividendes à rapatrier vers une ou plusieurs entités tierces afin d'exploiter les règles particulières des conventions fiscales bilatérales en place. L'OCDE explique :

« Lorsque les revenus ainsi abrités dans une société écran sont distribués ou transférés sous une autre forme au contribuable, ils deviennent imposables, généralement en tant que dividendes. L'avantage fiscal initial serait alors normalement supprimé. Toutefois il est possible d'éluder également cette imposition ou de l'atténuer grâce à une « dissimulation au second degré ». » (OCDE 2013e, p. R(5)-4).

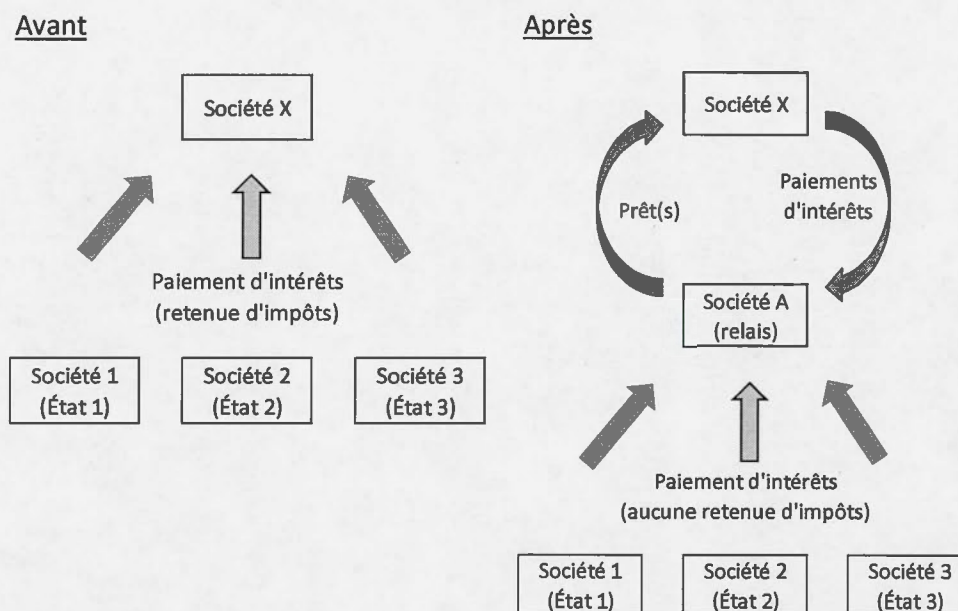
¹⁴⁴ Dans le contexte canadien, les prêts à l'actionnaire sont une autre option possible pour le rapatriement des bénéfices mais ils peuvent occasionner la création de ce que la LIR qualifie « d'avantages aux actionnaires » en vertu de l'article 15. Ces avantages ont généralement des conséquences très onéreuses, au plan financier, pour le contribuable auquel ils sont assignés. Ces prêts génèrent également des complications supplémentaires puisqu'ils donnent naissance à des intérêts payables à la société écran. Les taux d'intérêt sur ces prêts doivent être établis à un taux de pleine concurrence. Ces prêts peuvent de plus assujettir le contribuable canadien à d'autres conséquences fiscales fâcheuses en vertu du régime sur le revenu étranger accumulé tiré de bien (REATB) prévu aux articles 91 à 95 de la LIR. Le régime du REATB peut notamment faire en sorte que les intérêts payés à la société écran par la maison-mère doivent finalement être inclus au revenu imposable de la maison-mère. On parle alors d'une requalification du revenu. C'est pour ces diverses raisons que le rapatriement vers la maison-mère des bénéfices comptabilisés dans une société écran s'envisage habituellement sous forme de dividendes.

¹⁴⁵ En termes techniques, au Canada, les dividendes reçus par une société par actions résidente du Canada sont imposables en vertu des articles 82 ou 90 de la LIR mais ils génèrent habituellement un crédit d'impôt équivalent, en vertu de l'article 112 ou 113, ce qui a pour effet d'éliminer l'impôt à payer, selon le type et la provenance des dividendes. C'est ce que l'on appelle communément le « principe d'intégration » du système fiscal canadien : l'impôt sur les dividendes se paie uniquement dans les mains de l'actionnaire « final », en l'occurrence le particulier. Mais dans le cas des dividendes provenant d'une entité située dans un paradis fiscal, l'article 113 ne trouve généralement pas application. Le dividende est donc directement imposable dans les mains de la maison-mère en vertu de l'article 90 de la LIR.

Cette « dissimulation au second degré » s'effectue à l'aide d'entités tierces que l'on qualifie de « sociétés relais ». La stratégie mise en action à l'aide de ces sociétés relais porte le nom de « chalandage fiscal » (« treaty shopping » en anglais). L'OCDE identifie deux utilisations principales aux sociétés relais à des fins de chalandage fiscal : l'usage direct et l'usage tremplin (« stepping stone » en anglais).

Faire transiter les dividendes, d'entité en entité, vers la maison-mère est un exemple d'usage direct des sociétés relais. Il vise alors à diminuer l'impôt à payer du récipiendaire final du revenu, dans notre exemple la maison-mère. L'usage direct est également possible dans un autre type de situations où il visera à diminuer directement la charge fiscale d'une ou plusieurs entités au sein de l'EMN. L'OCDE illustre cette deuxième stratégie, à l'aide de l'exemple suivant, quelque peu technique, où la notion de « personne » peut être considérée comme une entité corporative :

« Une personne X, résidente d'un État qui n'a pas signé de conventions fiscales, perçoit d'un certain nombre d'États des intérêts d'obligations qui, selon la législation desdits États, font l'objet d'une retenue à la source. X établit une société dans l'État A qui possède un vaste réseau de conventions fiscales ; il transfère les obligations à la société. Les intérêts qui échoient maintenant à cette société sont soumis dans l'État A à une imposition faible, voire nulle, du fait d'exonérations fiscales expressément prévues pour ce genre de sociétés. La société demande, aux États de la source des intérêts, une exonération ou une réduction de la retenue à la source en se fondant sur les conventions signées par l'État A. Les intérêts recueillis par la société résidente de l'État A sont alors transférés à X à titre de prêts. » (OCDE, 2013f), pp. R(6)-3-4).

Figure 2.2 Insertion d'une société relais ¹⁴⁶

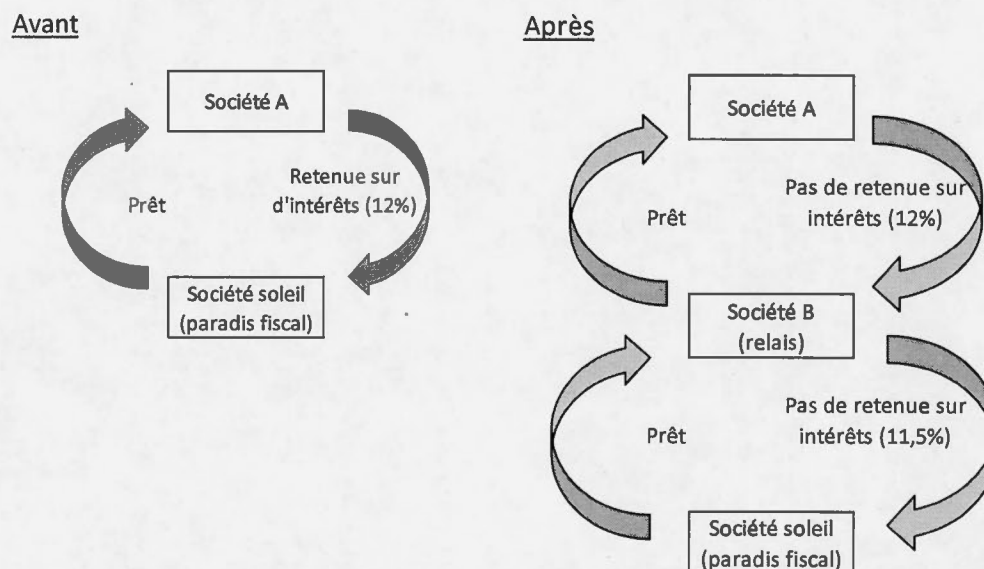
En termes moins techniques, cet exemple illustre une situation où la société par actions X, la personne X située dans l'État X, utilise les conventions fiscales signées par l'État A et la loi fiscale de ce même État, qui lui sont fiscalement favorables, en y établissant une société relais, la société relais A, pour usage direct. La nouvelle entité corporative ainsi créée dans l'État A, la société relais A, bénéficie d'avantages fiscaux qui ne seraient pas autrement accessibles à la société par actions X lorsqu'elle fait affaire directement avec ces autres États, les États #1, #2 et #3.

Dit simplement, l'EMN adopte un comportement de défection face aux divers États, partenaires de l'État A, qui feraient, en d'autres temps, une retenue d'impôts à la source sur les intérêts payés si ceux-ci étaient directement payés à la société X dans l'État X. Les conventions fiscales auxquelles participe l'État A ont pour effet d'éliminer ces retenues d'impôts à la source lors du paiement d'intérêts à la société relais A par les sociétés par actions situées dans les États #1, #2 et #3.

¹⁴⁶ L'exemple est de l'OCDE mais la figure est de nous.

Une troisième stratégie connexe vise à octroyer à une société par actions l'accès aux avantages offerts par une convention fiscale, avantages auxquels elle n'aurait habituellement pas droit. La stratégie aura de nouveau pour finalité de diminuer la charge fiscale d'au moins une entité au sein de l'EMN. La société relais joue alors le rôle d'un « tremplin ». Dans le cas d'une société relais-tremplin, l'OCDE illustre la stratégie à l'aide de l'exemple suivant :

« Une société établie dans un paradis fiscal envisage de placer des fonds sous la forme de prêt dans l'État A où l'imposition est élevée. Les fonds sont transférés par le canal d'une société établie à cette fin dans un État à imposition élevée, l'État B. Cette société perçoit les intérêts versés de l'État A au taux, par exemple, de 12 % et verse à la société établie dans le paradis fiscal un intérêt de 11,5 %. L'État A perçoit une retenue à la source sur les intérêts mais celle-ci est réduite à zéro selon la convention entre les États A et B. L'État B ne perçoit pas de retenue à la source sur les intérêts en droit interne. En l'occurrence, la société établie dans le paradis fiscal bénéficie des avantages d'une convention conclue entre les États à forte imposition A et B, bien qu'elle ne soit imposable dans ce dernier État que dans une mesure insignifiante (puisque'elle paiera un impôt normal simplement sur la différence marginale de 0,5 % des intérêts). » (OCDE, 2013f), pp. R(6)-4-5).

Figure 2.3 Insertion d'une société relais ¹⁴⁷

En termes moins techniques, cet exemple illustre une situation où un État (l'État A) perd sa retenue d'impôt par l'application d'une convention fiscale (entre l'État A et l'État B), convention qui ne s'appliquerait pas si la transaction effective, celle entre l'État A et le paradis fiscal, ne faisait pas l'objet d'une réorganisation grâce à l'insertion d'une société relais-tremplin dans l'État B. Dit simplement, l'EMN adopte un comportement de défection face à l'État A en utilisant la convention fiscale entre l'État A et l'État B et la loi fiscale de l'État B qui lui sont favorables.

Au-delà de ces explications et exemples, on retiendra que ces manœuvres, qualifiées de chalandage fiscal, font appel à la conciliation et au jonglage de diverses conventions fiscales, à l'aide de sociétés relais. Elles résultent en un impôt à payer plus faible, parfois même nul, pour la maison-mère ou encore les entités impliquées

¹⁴⁷ L'exemple provient de l'OCDE mais la figure est de nous.

comparativement à ce qui aurait été payable sans ce mécanisme de transfert de dividendes ou d'intérêts d'entité en entité.¹⁴⁸

Mais notons qu'à ce jour, les tribunaux acquiescent rarement à l'existence du chalandage fiscal, tel que le perçoivent les États et l'OCDE. Si les tribunaux reconnaissent évidemment l'existence des transactions sous-jacentes, ils hésitent encore à les qualifier d'abusives.¹⁴⁹ Ces stratégies demeurent néanmoins des exemples probants de comportements de défection de l'EMN face à l'État. L'utilisation de sociétés relais est le quatrième et dernier élément constitutif du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale.

Conclusion

En conclusion, la stratégie du comportement de défection par l'EMN peut donc se manifester de deux façons. Dans un premier temps, l'EMN peut avoir recours aux sociétés écran afin de déplacer, au moins en apparence, certaines de ses fonctions d'entreprises vers des États où le taux d'imposition statutaire est moins élevé. Nous avons exposé, à l'aide de quelques exemples, ce genre de procédé souvent rencontré en prix de transfert. Dans un deuxième temps, l'EMN peut exploiter l'absence d'uniformité des diverses conventions fiscales bilatérales et, surtout, des lois fiscales domestiques afin d'organiser ses activités commerciales de manière à diminuer ou éliminer sa charge d'impôts à payer sur nombre de transactions; il s'agit alors de la

¹⁴⁸ Sans surprise, la plupart des pays industrialisés dénoncent le chalandage fiscal avec vigueur. Ils le considèrent comme étant une pratique « abusive » en fiscalité internationale. Les pays membres de l'OCDE se sont prononcés contre cette pratique dans les commentaires de l'article 1 de la Convention modèle de l'OCDE. Au Canada, au moment d'écrire ces lignes, le Ministère des Finances conduisait une consultation sur le problème du chalandage fiscal. Pour plus de détails sur cette pratique voir : Ministère des Finances, « Document de consultation sur le chalandage fiscal – Le problème et les solutions possibles », *Communiqué 2013-102*, 12 août 2013, Ottawa, disponible en ligne à <http://www.fin.gc.ca/activty/consult/ts-cf-fra.asp#a1> (consulté le 6 décembre 2013).

¹⁴⁹ Le Canada a tenté, à quelques reprises, de contester la pratique du chalandage fiscal devant les tribunaux canadiens mais sans succès. Pour plus de détails sur cette jurisprudence, voir la section 3 du « Document de consultation sur le chalandage fiscal – Le problème et les solutions possibles », produit par le Ministère des Finances, précédemment cité.

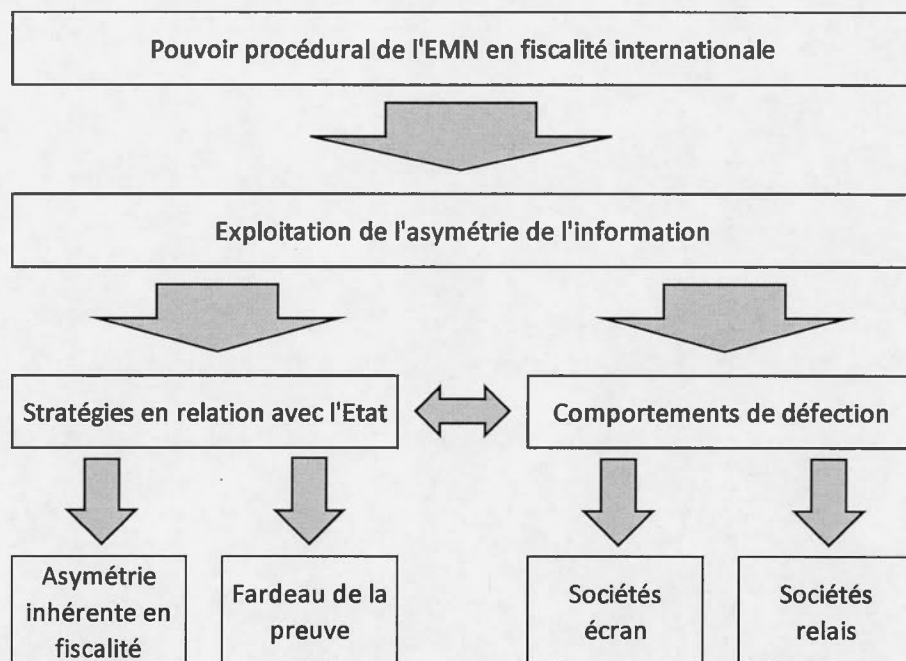
pratique du chalandage fiscal par l'usage de sociétés relais. Ces stratégies occasionnent des difficultés significatives à l'État, lors de la conduite d'une vérification fiscale, puisqu'elles extraient certaines activités de l'EMN de sa juridiction territoriale.

2.5.3 Conclusion

L'élaboration de notre concept du pouvoir de l'EMN en fiscalité internationale, un pouvoir procédural, est ainsi complétée. Il se fonde sur l'exploitation de l'asymétrie de l'information à deux niveaux distincts : dans le cours de la relation avec l'État et, lorsque possible et pertinent à l'EMN, dans l'élimination partielle ou complète de cette relation avec l'État. Il se compose des quatre éléments constitutifs suivants :

- l'exploitation de l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité;
- le transfert du fardeau de la preuve;
- l'utilisation de sociétés écran; et
- l'utilisation de sociétés relais.

Figure 2.4 Pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale



Tel que maintenant défini, notre concept, un concept nominal et utile à la comparaison, au sens suggéré par Isaak (1981), met en place des éléments qui nous seront très utiles dans l'analyse du comportement de l'EMN en fiscalité internationale, que ce soit dans le système actuel ou lors de son remplacement éventuel par la taxation unitaire. Les quatre éléments constitutifs du concept de pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale nous permettent de produire une comparaison du « comportement de l'EMN » tel qu'il se produit dans le système actuel et qu'il pourrait bien se reproduire dans le système alternatif de la taxation unitaire.

En d'autres mots, outre la comparaison directe des éléments qui composent le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire, comparaison requise pour répondre à la question de recherche, nous sommes désormais en mesure d'analyser les comportements de l'EMM et d'expliquer comment et en quoi ceux-ci nuisent à l'application du principe de pleine de concurrence. Nous pouvons également

identifier leurs impacts potentiels sur une éventuelle politique de prix de transfert fondée sur la taxation unitaire.

2.6 Conclusion

Ce chapitre et le précédent nous ont permis de poser systématiquement et de manière délibérée les fondations intellectuelles, théoriques et pratiques, de la comparaison que nous allons entreprendre du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire. Le prochain chapitre s'intéresse de plus près au principe de pleine concurrence alors que le suivant examinera en détail la taxation unitaire. C'est dans ce dernier chapitre que la comparaison entre ces deux systèmes de fiscalité internationale prendra vie.

Cette comparaison, d'une part, des éléments spécifiques au principe de pleine concurrence et à la taxation unitaire et, d'autre part, du comportement de l'EMN dans les deux systèmes, devrait, selon nous, permettre de soutenir la thèse que nous défendons et répondre à la question de recherche. D'un côté, nous verrons qu'en fiscalité internationale, l'EMN entretient activement l'inadéquation entre les objectifs poursuivis par la politique fiscale de l'État et les résultats obtenus en matière de prix de transfert dans le système actuel. Nous constaterons également que ces comportements de l'EMN peuvent être reproduits presque intégralement dans un système fondé sur la taxation unitaire.

D'un autre côté, nous observerons que remplacer le principe de pleine concurrence par la taxation ne peut pas résoudre cette inadéquation compte tenu des ressemblances, dans certains cas remarquables, des éléments spécifiques qui composent la taxation unitaire et le principe de pleine concurrence.

CHAPITRE III

LE PRINCIPE DE PLEINE CONCURRENCE

3.1 Introduction

Afin d'examiner si le remplacement du principe de pleine concurrence par la taxation unitaire corrige l'inadéquation entre les objectifs poursuivis par l'État et les résultats obtenus, en matière de politique fiscale de prix de transfert, il nous faut évidemment définir et analyser ce que sont le principe de concurrence et la taxation unitaire. Cela nous permettra d'en effectuer une comparaison des éléments constitutifs et d'examiner les comportements de l'EMN dans chacun des deux systèmes, ceci à l'aide des quatre séries de stratégies présentées dans la définition de notre concept du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale.

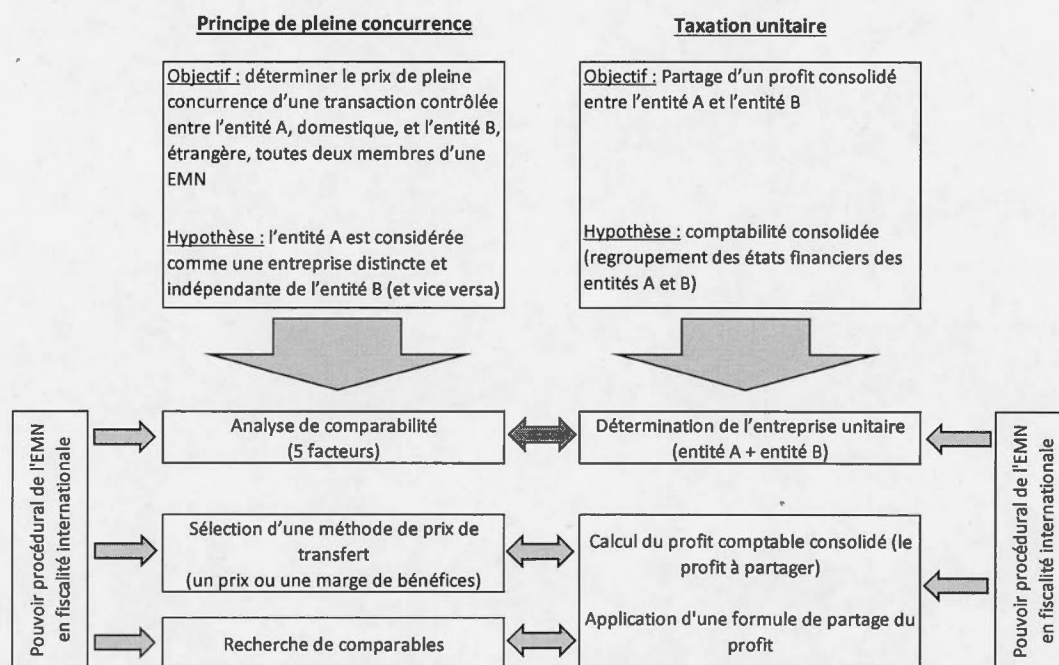
Ayant souci d'offrir quelques points de repère généraux au lecteur, il nous semble pertinent d'énoncer les principales balises d'application du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire dès maintenant. C'est ancré à ces balises que notre exposé sera développé, que la comparaison prendra vie entre les deux systèmes. Le principe de pleine concurrence peut se décomposer ainsi :

- les facteurs de comparabilité;
- la sélection d'une méthode de prix de transfert; et
- la recherche d'entités comparables.

Dans le cas de la taxation unitaire, elle comprend :

- la détermination de l'entreprise unitaire;
- le calcul du profit consolidé; et
- l'application d'une formule de partage de profits.

Figure 3.1 Principe de pleine concurrence et taxation unitaire



Ce chapitre traite des éléments constitutifs du principe de pleine concurrence. Dans le chapitre qui suit, nous analyserons les éléments constitutifs de la taxation unitaire. C'est dans ce dernier chapitre que la comparaison sera de plus effectuée tout a long de l'exposé.

Ce chapitre est organisé de la façon suivante. Il situe d'abord le principe de pleine concurrence dans l'évolution du système de la fiscalité internationale. Nous présentons ensuite une définition contemporaine du principe de concurrence en deux mouvements; un premier, composé de l'analyse de comparabilité et d'un exposé sur

les méthodes d'application du principe de pleine concurrence : les méthodes de prix de transfert; un deuxième, constitué de quelques aspects de la recherche d'entités comparables, un processus spécifique à l'application du principe de pleine concurrence.

Bien que notre exposé n'ait pas la prétention d'enseigner la technique fiscale du prix de transfert au lecteur, il nous faudra tout de même illustrer les diverses péripéties qu'implique la détermination d'un prix de transfert d'une transaction contrôlée, à l'aide du principe de pleine concurrence, si l'on souhaite effectuer une comparaison valable et satisfaisante avec la taxation unitaire. C'est pourquoi ce chapitre fera notamment appel à certaines provisions de la LIR, aux Principes de l'OCDE en plus de présenter certains calculs simples. Ce faisant, nous mettrons en place les éléments requis à notre exercice de comparaison.

Tout au long de la présentation, le comportement de l'EMN est également analysé à l'aide des quatre éléments constitutifs de notre concept du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale développé au chapitre précédent. Cela permet d'introduire au lecteur plusieurs des stratégies spécifiques disponibles à l'EMN pour exercer son pouvoir procédural autant dans le système actuel que dans un éventuel système fondé sur la taxation unitaire.

3.2 Évolution historique

L'adoption du principe de pleine concurrence par la communauté internationale ne s'est pas réalisée de façon instantanée. Cette adoption trouve son origine dans la volonté à résoudre le problème de l'imposition d'une même source de revenus par deux ou plusieurs États distincts, ce que l'on qualifie habituellement de « double imposition ». ¹ Au plan historique, dès 1843, la France et la Belgique concluent une

¹ En termes généraux, le problème peut s'exprimer ainsi. Lorsqu'une entreprise fait affaire dans le pays A et le pays B, si le pays A possède un taux d'imposition statutaire de 50 % sur le profit de l'entreprise et que le pays B a également un taux d'imposition statutaire de 50 % sur ce même profit,

entente visant l'élimination de la double imposition et pour combattre l'évasion fiscale.² Dès 1899, une convention fiscale est en place entre l'Autriche et la Prusse pour éliminer la double imposition d'un même revenu.³ Ces deux exemples illustrent que la préoccupation des États à éliminer la double imposition précède l'ascension de l'EMN moderne au XX^e siècle.

Au début des années 1920, la Société des Nations, ancêtre de l'ONU, s'intéresse à son tour au problème de la double imposition. Langbein (1986) offre une description détaillée des travaux de la Société des Nations, effectués dans les années 1920 et 1930, sur les problèmes qu'occasionne la double imposition à travers les pays industrialisés. On y apprend notamment qu'avant la Première Guerre mondiale, le problème de la double imposition est un phénomène rarement rencontré. Outre la Grande-Bretagne, puissance hégémonique de cette époque, aucun pays ne doit alors composer avec cet irritant fiscal. La Première Guerre mondiale redéfinit néanmoins le problème suite à l'implantation, initialement temporaire mais ensuite permanente, de l'impôt sur le revenu dans la plupart des pays industrialisés. Ce nouvel impôt sur le revenu engendre de nombreux cas de double imposition.⁴

En 1921, la Société des Nations crée un premier comité de travail de quatre économistes du milieu académique, provenant de l'Italie, des Pays-Bas, de la Grande-Bretagne et des États-Unis. Ce comité analyse les aspects économiques et théoriques

en théorie, l'ensemble du profit de l'entreprise est alors payé en impôt. Dans un système démocratique, cela n'est habituellement pas acceptable.

² Bloch et Heilemann (1946), p. 1170 (note de bas de page #40).

³ Cet élément précis provient de Genschel et Rixen (2006), un article en développement dont nous n'avons pas réussi à localiser la version finale; la citation d'origine se lit comme suit : « The first DTA [double tax agreement] had been concluded before the 1920's – between Austria and Prussia in 1899 (Hemetsberger-Koller 1999). » (Genschel et Rixen 2006, p. 5) qui citent [Hemetsberger-Koller, H., 1999, « Der Wirtschaftspolitische Hintergrund Des Doppelbesteuerungsabkommens Zwischen Österreich-Ungarn Und Preußen » in M. Lang (éd.), *Die Zukunft Des Internationalen Steuerrechts. Schriftenreihe Zum Internationalen Steuerrecht*, Bd. 10, Wien: Linde, 1899.]

⁴ Aux États-Unis, l'impôt sur le revenu moderne est adopté en 1913; au Canada en 1917.

de la double imposition.⁵ En 1922, la Belgique, la Tchécoslovaquie, la France, l'Italie, les Pays-Bas, la Suisse et la Grande-Bretagne sont sélectionnés pour étudier l'aspect pratique de la même question. En 1925, se joignent à ce groupe l'Argentine, l'Allemagne, le Japon, la Pologne et le Venezuela. Un premier rapport sur la dimension théorique du problème est publié en 1923.⁶ Le rapport sur l'aspect pratique de la question est publié en 1925.⁷ À ce dernier rapport, est annexée une première convention fiscale modèle afin d'éliminer la double imposition. Par la suite, la Société des Nations poursuit ses travaux appuyés sur ces deux rapports initiaux.

Cette première ébauche de convention fiscale modèle est suivie d'une seconde, publiée en 1927, toutefois peu explicite quant à la pertinence du principe de pleine concurrence.⁸ À ce sujet, Li (2002) note que le libellé de l'article 5, relativement à l'allocation du revenu aux diverses entités d'une EMN, n'énonce aucune méthode spécifique pour effectuer cette allocation. Dans la même veine, Langbein (1986) observe que les commentaires annexés à cette version de la convention fiscale modèle semblent admettre l'application de la taxation unitaire au même titre que le principe de pleine concurrence.⁹

⁵ Outre les auteurs directement mentionnés dans le texte, quelques-uns des faits historiques de cette section s'appuient sur l'introduction à la Convention modèle de l'ONU, pp. xiii-xx.

⁶ *Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman, and Sir Josiah Stamp*, League of Nations Document No. E.F.S.73.F.19. 1923.

⁷ *Double Taxation and Tax-Evasion*, League of Nations Document No. F.212. 1925.

⁸ *Double Taxation and Tax Evasion. Report Presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*. League of Nations Document No. C. 216. M 85. 1927 II.

⁹ Langbein (1986) explique : « In devising these original models, all of the various groups of Experts, and the General Meeting, consciously left open the method for allocating the business profits of an enterprise which had permanent establishments in both states party to a convention. The drafts and models were not silent on the point, however. The original draft convention of the expanded Technical Experts Committee provided that permanent establishments included "the real centres of management, affiliated companies, branches, factories, agencies, warehouses, offices, depots"; provided that if an undertaking had a permanent establishment in both states, each state would tax the "portion of the income produced in its territory"; and provided that "in the absence of accounts showing this income separately and in proper form, the competent administrations of the two Contracting States shall come to an arrangement as to the rules for apportionment". » (p. 631) [les soulignements sont de nous].

Faisant suite à cette version, Langbein (1986) explique que les régimes fiscaux de 27 pays et trois états américains sont examinés par les représentants de la Société des Nations entre 1930 et 1933.¹⁰ Ils constatent que la plupart des régimes fiscaux étudiés exigent du contribuable corporatif la production d'états financiers à l'aide d'une comptabilité séparée, donc d'états financiers qui reflètent les transactions contrôlées auxquelles celui-ci participe. Cette méthode, qui équivaut à une application du principe de pleine concurrence, est notamment observée en Grande-Bretagne, aux États-Unis et au Japon.

Une deuxième méthode dite « empirique », complémentaire à la première, est observée en Grande-Bretagne, aux États-Unis et dans plusieurs pays européens. Son application est exigée du contribuable par ces diverses administrations fiscales lorsque l'information, d'abord produite par l'EMN par le biais de la comptabilité séparée, est jugée incomplète ou présumée fausse. À l'aide de cette méthode complémentaire, l'administration fiscale tente alors d'estimer le revenu imposable en comparant le revenu du contribuable aux revenus d'entreprises semblables.

Une troisième méthode est examinée en Espagne et en Suisse. Il s'agit de l'application de formules de partage de profits qui consiste à « calculer le revenu imposable d'un établissement stable en proportion du revenu imposable total de l'EMN en utilisant divers facteurs tels que les actifs ou les salaires ou encore en

¹⁰ Ces examens et visites dans les différents pays ont fait l'objet d'un rapport publié en 4 volumes : *Taxation of Foreign and National Enterprises -- Vol. I (France, Germany, Spain, the United Kingdom, and the United States of America)*, League of Nations Document No. C.73.M.38.1932.II.A; *Taxation of Foreign and National Enterprises -- Vol II (Austria, Belgium, Czechoslovakia, Free City of Danzig Greece, Hungary; Italy, Latvia, Luxemburg, Netherlands, Romania and Switzerland)*, League of Nations Document No. C.425.M.217.1933.II.A; *Taxation of Foreign and National Enterprises -- Vol. III (British India, Canada, Japan, Mexico, Netherlands East Indies, Union of South Africa, States of Massachusetts, New York, and Wisconsin)*, League of Nations Document No. C.425(a).M.217(a).1933 .II.A.; et *Taxation of Foreign and National Enterprises (Volume IV) -- Methods of Allocating Taxable Income*, League of Nations Document No. C.425(b).M.217(b).1933.II.A.

utilisant une proportion fixe indépendante de tout autre facteur. » ¹¹ Langbein (1986) et Weiner (1999) suggèrent que cette méthode était prescrite par la loi fiscale en réponse à une comptabilité séparée partielle ou incomplète de l'EMN en ce qui a trait à ses établissements stables, ce qui rendait de la sorte le processus de vérification par l'administration fiscale peu fiable.

En 1933, relate Langbein (1986), est recommandée formellement, par la Société des Nations, l'adoption du principe de pleine concurrence. Cette recommandation conduit à l'élaboration du nouvel article 5 de la convention fiscale modèle de 1933 de la Société des Nations, article ensuite révisé en 1935. Par la suite, la convention fiscale modèle de 1935 donne naissance à deux conventions fiscales distinctes : celle de 1943 (le « modèle de Mexico ») et celle de 1946 (le « modèle de Londres »). Curieusement, dans les deux cas, on remarque à la lecture que l'article suggérant l'application du principe de pleine concurrence y est absent. ¹²

Suite à la Deuxième Guerre mondiale, au cours des années 1950, le conseil de l'Organisation européenne de coopération économique (OECE), fondé en 1948, prend en charge les travaux de la défunte Société des Nations. En 1961, l'OCDE vient remplacer l'OECE. ¹³ L'OCDE publie une première ébauche de la convention fiscale modèle « moderne » en 1963 (la Convention modèle de l'OCDE), une ébauche

¹¹ En anglais, le rapport indique : « the determination of the income of one establishment of an enterprise by dividing total net income in the ratio of certain factors—for example, assets, turnover, payroll, or a fixed percentage » (*Taxation of Foreign and National Enterprises (Volume IV) -- Methods of Allocating Taxable Income*, League of Nations Document No. C.425(b).M.217(b) .1933.11.A, p. 46; tel que relaté par Li 2002, p. 858).

¹² Voir à ce sujet, *Mexico Draft (1943) Model Bilateral Convention for the Prevention of the Double Taxation of Income (Prepared by League of Nations)* et *London Draft (1946) Model Bilateral Convention for the Prevention Of the Double Taxation of Income and Property (Prepared by League of Nations)*.

¹³ L'OECE se composait à l'origine de l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse, la Turquie et de la future République fédérale d'Allemagne. L'OCDE de 1961 inclut à ce membership les États-Unis et le Canada.

modélisée sur le modèle de Londres de 1946.¹⁴ Sans doute inspiré de l'article 5 de la convention fiscale modèle de 1933/1935, l'article 9 de la Convention modèle de l'OCDE de 1963 énonce spécifiquement l'application du principe de pleine concurrence lors de l'imposition de transactions contrôlées.¹⁵

La première Convention modèle de l'OCDE est ensuite officiellement publiée en 1966 par l'OCDE. Elle fait subséquemment l'objet d'une révision importante qui conduit à la publication en 1977 de la Convention modèle de l'OCDE actuelle qui a fait depuis l'objet de révisions mineures au fil du temps. De ce fil d'événements historiques, Langbein (1986) suggère, sans aucune réserve, que la Convention modèle de l'OCDE, dont s'inspirent largement les conventions bilatérales signées entre les États, est la descendante directe des travaux de la Société des Nations amorcés dans les années 1920.

En complément, l'OCDE publie en 1979 les *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* (les Principes de l'OCDE), seule référence en matière de prix de transfert dans le système de la fiscalité internationale. Les Principes de l'OCDE viennent encadrer l'application de l'article 9 de la Convention modèle de l'OCDE, l'article relatif au principe de pleine concurrence. Les Principes de l'OCDE ont ensuite été

¹⁴ Une simple lecture permet de constater cette ressemblance, presque parfaite, des deux conventions.

¹⁵ Li (2002) suggère de plus que l'article 5 de la convention modèle de 1933/1935 est largement inspiré de l'article IV de la convention fiscale de 1932 entre les États-Unis et la France qui, lui-même, se fondait sur les provisions législatives incluses dans la réglementation américaine qui précèdent la *Section 1.482* de l'*Internal Revenue Code*, soit la loi fiscale américaine. D'en conclure Li (2002) : « That was the beginning of the United States' influence on the development of international transfer-pricing rules. » (p. 859). Langbein (1986) souligne cependant que dans ces travaux de recherche, il n'a pas été en mesure d'établir ce lien de causalité : « I have not been able ever to discover any link between the League developments and the adoption of the 'arm's length' standard here [in the USA], but the temporal coincidence is striking. » (p. 633).

significativement modifiés en 1984 et 1995. Une troisième ronde de modifications s'est terminée en juillet 2010 pour les chapitres 1, 2, 3 et le nouveau chapitre 9.¹⁶

Le principe de pleine concurrence est ainsi presque centenaire. Au sein de l'OCDE, les Principes de l'OCDE ont fait l'objet d'une adoption unanime des pays membres dès 1979.¹⁷ De nos jours, il n'existe pas d'État, à notre connaissance, qui n'ait pas aligné sa politique fiscale, en matière de prix de transfert, sur ce principe.¹⁸

3.3 Définition moderne du principe de pleine concurrence

Dans cette section et les trois qui suivront, nous présentons la définition moderne et actuelle du principe de pleine concurrence en plus d'analyser son application à une transaction contrôlée entre des sociétés par actions. Nous expliquons et illustrons de quelles façons l'EMN utilise son pouvoir procédural en fiscalité internationale, dans le système actuel, à l'aide des quatre séries de stratégies présentées au chapitre précédent. L'exposé nous sert ainsi à articuler les origines et les causes de

¹⁶ Voir l'avant-propos des Principes de l'OCDE, édition juillet 2010, pour plus de détails (pp. 3-4). Une quatrième ronde est maintenant en cours sur le chapitre 6 et devrait se terminer en 2014. On peut par ailleurs penser que l'exercice récemment amorcé sur le phénomène d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices amènera éventuellement d'autres modifications.

¹⁷ « The [OECD] 1979 Report has been included in a recommendation of the OECD Council of Ministers to the Governments of the Member Countries that their tax administrations take into account the considerations and methods set out in the Report. [...] Although the recommendation has no immediate legal force, the fact that all Ministries of Finance of the OECD Member States have adopted the 1979 Report without reservations gives it a high level of authority. There is a more than moral obligation for tax authorities not to deviate from the Report in their domestic administrative regulations. In several countries judges look upon the report as binding on the tax administration concerned unless pertinent legislation deviates from it. [...] It should be noted that in almost all OECD countries regulations, circular letters and other publications of the respective tax administrations are regarded as containing the interpretation of the law by the tax administration, which does not have force of law, but which is binding on the tax administration itself. » (United Nations Secretariat, 2001, p. 90).

¹⁸ Pour un aperçu du mode d'application du principe de pleine concurrence à travers le monde, voir *KPMG's 2013 Global Transfer Pricing Review*, disponible en ligne : <http://www.kpmg.com/global/en/issuesandinsights/articlespublications/global-transfer-pricing-review/pages/default.aspx> et *Deloitte's 2013 Global Transfer Pricing Country Guide*, disponible en ligne : http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/gx_tax_2013_global_transfer_pricing_desktop_reference.pdf (tous deux consultés le 6 décembre 2013).

l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État dans le système actuel relativement à sa politique fiscale de prix de transfert. Cet exercice est un préalable obligé qui nous permettra de comparer les éléments constitutifs du principe de pleine concurrence avec ceux de la taxation unitaire dans le prochain chapitre. Il nous servira également pour l'analyse du comportement de l'EMN dans un éventuel système fondé sur la taxation unitaire.

Dans une société démocratique, un système économique fondé sur le capitalisme, d'innombrables biens et services sont échangés tous les jours sur une quasi-infinité de marchés. C'est donc dire qu'un bien ou un service spécifique s'échange le marché propre à ce bien ou à ce service. Considérons, par exemple, le marché des tomates. Celles-ci peuvent se vendre sur un marché public où les producteurs offriront leurs tomates –de toutes formes, tailles et saveurs– à divers acheteurs –grossistes, distributeurs et consommateurs– à la recherche de tomates.¹⁹

D'un côté, lors des jours ensoleillés, davantage de producteurs se présenteront au marché avec davantage de tomates bien mûres tandis qu'en cas de temps pluvieux, l'offre et la qualité des tomates pourraient en souffrir. D'un autre côté, selon les préférences des acheteurs, considérées individuellement ou en segments de marché, les tomates-cerises, par exemple, plutôt que les tomates de taille normale pourraient être préférées. Ou peut-être, est-ce les tomates davantage sucrées, un autre exemple, au lieu d'acides qui seront prisées par d'autres types de consommateurs. Enfin, il faudra également considérer les conditions et les exigences économiques spécifiques

¹⁹ Ce cas fictif, que nous allons utiliser tout au long de ce chapitre et du suivant, n'a rien de simpliste ou ludique. En effet, le marché des bananes, impliquant les EMNs Dole, Del Monte et Chiquita, est une importante source de controverses en prix de transfert. Voir à cet effet, Griffiths, Ian et Felicity Lawrence, 2007, « Bananas to UK via the Channel Islands? It Pays for Tax Reasons », *The Guardian*, 6 novembre 2007, <http://www.theguardian.com/business/2007/nov/06/12> (consulté le 6 décembre 2013). Par ailleurs, le premier litige en prix de transfert entendu dans un tribunal canadien concernait la vente de sapins de Noël par une filiale canadienne à sa maison-mère américaine (*J. Hofert Limited v. Minister of National Revenue*, 62 DTC, disponible en ligne par le biais de la banque de données CCH sur le réseau des Bibliothèques de l'UQAM). Voir également Eden (1998), pp. 54-61 à ce sujet. Bref, tous les biens et tous les services importables et exportables sont susceptibles d'engendrer la nécessité de la détermination d'un prix de transfert.

aux vendeurs puisque ceux-ci refuseront habituellement de vendre leurs tomates, de toutes sortes, à perte. Bref, pour élargir notre exemple, dans le marché canadien des tomates, il nous serait possible de définir le prix à payer pour chaque type de tomates à l'aide de diverses caractéristiques reliées aux biens, aux acheteurs, aux vendeurs, aux conditions du marché et à d'autres facteurs pertinents à ce marché.

En fiscalité internationale, le principe de pleine concurrence est mis en œuvre de la même façon par l'EMN et les États. Dans le cas de l'EMN, il s'agira de déterminer un prix de transfert reflétant une situation de pleine concurrence. Subséquemment, lors d'une vérification fiscale éventuelle, l'application du principe de pleine concurrence par l'EMN sera examinée, dans le cas du Canada, par l'Agence du revenu en appliquant en premier lieu la LIR, soit loi fiscale canadienne à laquelle est assujettie l'EMN. On aura dès lors compris que dans le cas du Canada, l'Agence du revenu représente l'État canadien face à l'EMN qui y est assujettie à l'impôt. Pour la suite de notre présentation, afin d'alléger le texte et de généraliser cette observation, l'administration fiscale et l'État auront donc une même et unique signification : ils représentent toujours l'État domestique, celui qui assujettit à l'impôt une entité donnée de l'EMN située dans ce pays.

Lors d'une transaction contrôlée spécifique entre deux sociétés par actions d'une EMN, l'application du principe de pleine concurrence s'effectue en utilisant une « méthode de prix de transfert » et ce, pour la quantification du prix de pleine concurrence. À cet effet, les Principes de l'OCDE reconnaissent cinq méthodes de prix de transfert relativement à l'application du principe de pleine concurrence par l'EMN. Ces méthodes sont catégorisées comme suit :

- les trois méthodes traditionnelles fondées sur les transactions :
 - méthode du prix comparable sur le marché libre;
 - méthode du prix de revente;
 - méthode du coût majoré; et

- les deux méthodes transactionnelles de bénéfices :
 - méthode transactionnelle de la marge nette;
 - méthode transactionnelle du partage des bénéfices.²⁰

Quelle que soit la méthode de prix de transfert retenue par l'EMN, une analyse des faits et des circonstances spécifiques à la transaction contrôlée est d'abord nécessaire afin de déterminer le prix de pleine concurrence. Les Principes de l'OCDE expliquent au paragraphe 1.35 :

« Toutes les méthodes fondées sur le principe de pleine concurrence se rattachent à l'idée que des entreprises indépendantes examinent les différentes options qui s'offrent à elles et, dans la comparaison de ces options, prennent en compte toutes les différences ayant une incidence sur la valeur respective de ces options. Par exemple, on peut normalement s'attendre à ce que des entreprises indépendantes, avant d'acheter un produit à un certain prix, recherchent si elles ne pourraient pas acheter le même produit moins cher à une autre entreprise, les autres conditions et modalités de la transaction étant par ailleurs comparables. »

Dans un premier temps, pour l'EMN, il faudra dès lors considérer les caractéristiques du bien ou du service, de l'acheteur, du vendeur et des conditions de marché qui caractérisent la transaction contrôlée envisagée.²¹ Dans un deuxième temps, l'EMN devra identifier une transaction effectuée sur un marché de libre concurrence dont les faits et les circonstances sont comparables à la transaction contrôlée envisagée. Le paragraphe 1.38 des Principes de l'OCDE explique notamment : « [d]ans le cadre d'un exercice de comparaison, [...] [cela] implique d'analyser les facteurs qui ont une incidence sur les transactions contrôlées du contribuable et ceux qui affectent les transactions comparables sur le marché libre. »

²⁰ Principes de l'OCDE, paragraphe 2.1. Nous reviendrons sur ces méthodes de détermination d'un prix de transfert plus loin dans ce chapitre.

²¹ Rappelons que l'État serait amené à faire de même lors d'une éventuelle vérification fiscale, tout comme pour les autres étapes de la démarche que nous allons présenter et analyser.

Le prix d'une telle transaction sur le marché libre représente le prix qui respecte le principe de pleine concurrence. Cette analyse des faits et des circonstances en deux temps est ce que l'on appelle « l'analyse de comparabilité ». Cette analyse de comparabilité a pour unique finalité la détermination du prix de la transaction contrôlée; elle définit l'essence même de ce qu'est l'application du principe de pleine concurrence.²²

Afin de déterminer le degré de comparabilité entre une transaction contrôlée et une transaction entre des parties indépendantes, donc conduite sur un marché de libre concurrence, le paragraphe 1.36 des Principes de l'OCDE dénombre cinq « facteurs de comparabilité » ou « caractéristiques des transactions et des entreprises » qui ont une « incidence sur les conditions entourant une transaction en situation de pleine concurrence »; ces facteurs sont :

1. « les caractéristiques des biens ou des services »;
2. les « fonctions assurées » par les entités participant à la transaction contrôlée « compte tenu des actifs mis en œuvre et des risques assumés »;
3. les « clauses contractuelles »;
4. les « circonstances économiques » entourant la transaction contrôlée et auxquelles sont soumises les entités; et
5. les « stratégies industrielles et commerciales » poursuivies par les entités dans leurs activités commerciales bénéfiques.²³

C'est en considérant ces cinq facteurs dans la détermination du prix de transfert, du point de vue de l'EMN, ou en les incorporant dans une vérification fiscale, du

²² Le paragraphe 1.33 des Principes de l'OCDE précise :

« L'application du principe de pleine concurrence se fonde généralement sur une comparaison entre les conditions d'une transaction entre entreprises associées et celles d'une transaction entre entreprises indépendantes. Pour qu'une telle comparaison soit significative, il faut que les caractéristiques économiques des situations prises en compte soient suffisamment comparables. Cela signifie qu'aucune des différences éventuelles entre les situations comparées ne pourrait influencer de manière significative sur l'élément examiné du point de vue méthodologique (par exemple, le prix ou la marge) [...] »

²³ Dans ce paragraphe, nous avons choisi de paraphraser, mot pour mot lorsque les guillemets sont utilisés, le paragraphe 1.36 des Principes de l'OCDE afin de conserver la terminologie acceptée en prix de transfert et pour ne pas nuire au sens du texte par la suite.

point de vue de l'État, qu'il sera possible de se conformer au principe de pleine concurrence.²⁴ Autrement dit, ignorer ces facteurs lors d'une vérification de prix de transfert fait en sorte que la transaction sera inadéquatement évaluée par l'administration fiscale en regard du principe de pleine concurrence. Le même raisonnement s'applique à l'EMN dans la détermination d'un prix de transfert.²⁵

Chacun des cinq facteurs de comparabilité contribue à la détermination éventuelle du prix de transfert d'une transaction contrôlée entre les sociétés par actions d'une EMN. Mais nous le répétons, c'est d'abord à l'EMN que revient la responsabilité de la mise en œuvre du principe de pleine concurrence.²⁶ Cela est cohérent avec le principe de l'autocotisation du contribuable tel qu'analysé précédemment dans le contexte canadien.

Au Canada, l'administration fiscale reconnaît et applique l'ensemble des Principes de l'OCDE sans aucune réserve. On se rappellera que c'est l'article 247 de la LIR qui encadre l'application du principe de pleine concurrence. Il assujettit toute société par actions résidente du Canada, en d'autres mots une société par actions domestique (le contribuable), à une éventuelle vérification de ses prix de transfert.²⁷ L'alinéa 247(4)a) de la loi stipule :

²⁴ Pour la suite de l'exposé, rappelons que l'État fait référence à l'État domestique, celui qui assujettit à l'impôt une entité donnée de l'EMN située dans ce pays, à moins d'indications contraires.

²⁵ Le lecteur attentif aura sans doute aperçu dans cette explication l'embryon naissant duquel vont découler nombre de difficultés associées au fardeau de la preuve pour l'État. Pour l'instant, limitons-nous à énoncer que la jurisprudence canadienne inclut quelques cas de prix de transfert où l'administration fiscale canadienne est effectivement critiquée pour son usage déficient des facteurs de comparabilité lors de la vérification fiscale. Mais elle contient également un certain nombre de décisions où l'utilisation des facteurs de comparabilité par l'EMN a été remise en question. L'arrêt *Canada c. GlaxoSmithKline* (2012), déjà cité, est un exemple récent où le contribuable et l'administration fiscale ont tous deux subi les réprimandes du tribunal à cet effet.

²⁶ Les paragraphes 5.3 et 5.4 des Principes de l'OCDE sont explicites à cet effet.

²⁷ Pour l'application de la politique de prix de transfert d'un État, le contribuable est forcément un contribuable « domestique ». Cela signifie que l'entité étrangère participant à la transaction contrôlée n'a aucune obligation légale, éthique ou morale envers l'administration fiscale du contribuable domestique.

« (4) Pour l'application du paragraphe (3) et de la définition de « arrangement admissible de participation au coût » au paragraphe (1), un contribuable ou une société de personnes est réputé ne pas avoir fait d'efforts sérieux pour déterminer et utiliser les prix de transfert de pleine concurrence ou les attributions de pleine concurrence relativement à une opération ou ne pas avoir pris part à une opération qui est un arrangement admissible de participation au coût, à moins d'avoir à la fois :

a) établi ou obtenu, au plus tard à la date limite de production qui lui est applicable pour l'année d'imposition ou l'exercice, selon le cas, au cours duquel l'opération est conclue, des registres ou des documents contenant une description complète et exacte, quant à tous les éléments importants, de ce qui suit :

- (i) les biens ou les services auxquels l'opération se rapporte,
- (ii) les modalités de l'opération et leurs rapports éventuels avec celles de chacune des autres opérations conclues entre les participants à l'opération,
- (iii) l'identité des participants à l'opération et les liens qui existent entre eux au moment de la conclusion de l'opération,
- (iv) les fonctions exercées, les biens utilisés ou apportés et les risques assumés dans le cadre de l'opération par les participants,
- (v) les données et méthodes prises en considération et les analyses effectuées en vue de déterminer les prix de transfert, l'attribution des bénéfices ou des pertes ou la participation aux coûts, selon le cas, relativement à l'opération,
- (vi) les hypothèses, stratégies et principes éventuels ayant influé sur l'établissement des prix de transfert, l'attribution des bénéfices ou des pertes ou la participation aux coûts relativement à l'opération; »

Les sous-alinéas 247(4)a(i) à 247(4)a(vi) codifient ainsi dans la LIR les cinq facteurs de comparabilité énoncés dans les Principes de l'OCDE. La circulaire d'information *IC 87-2R Prix de transfert international* énonce en effet aux paragraphes 3 et 4 :

« 3. Cette circulaire énonce le point de vue du Ministère sur les prix de transfert ainsi que sa position sur l'application des Principes applicables en matière de prix

de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales publiés en 1995 par l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) (Principes de l'OCDE).

4. Le lecteur devrait consulter les Principes de l'OCDE pour obtenir une description plus détaillée des principes exposés dans les parties 2 à 6 de la circulaire. »²⁸

À la lecture de la circulaire d'information, on constate que les parties 2 à 6 réfèrent effectivement plus de 25 fois directement aux Principes de l'OCDE.²⁹

Nous allons maintenant présenter ces cinq facteurs de comparabilité puisqu'ils contiennent plusieurs des éléments constitutifs pertinents à la comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire. Ils offrent également à l'EMN des opportunités d'exploiter les quatre séries de stratégies relatives à l'exercice de son pouvoir procédural en fiscalité internationale. En somme, ils contiennent des éléments utiles à la compréhension du comportement de l'EMN dans le système actuel de fiscalité internationale fondé sur le principe de pleine concurrence.³⁰

²⁸ Le paragraphe 47 est également sans équivoque : « L'article 247 [de la LIR] endosse le principe de pleine concurrence énoncé dans les Principes de l'OCDE. »

²⁹ Au Canada, les circulaires d'information n'ont pas force de loi; voir l'analyse de Vincent (2008) à ce sujet aux pages 53-59. Mais les tribunaux canadiens reconnaissent l'importance de ces documents puisqu'ils offrent la position de l'État sur la plupart des provisions de la LIR. À cet effet, le paragraphe 1 de la circulaire d'information *IC 87-2R Prix de transfert international* énonce : « [c]ette circulaire a pour but de guider les contribuables en ce qui a trait à l'application des règles de prix de transfert prévues à l'article 247 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la *Loi*) qui ont reçu la sanction royale le 18 juin 1998. » Les tribunaux canadiens reconnaissent, eux aussi, la pertinence juridique des Principes de l'OCDE au Canada. Voir par exemple, l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Canada c. GlaxoSmithKline* (2012), déjà cité.

³⁰ Rappelons que le concept du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale se fonde sur l'exploitation de l'asymétrie de l'information à deux niveaux distincts : dans le cours de la relation avec l'État et, lorsque possible et pertinent à l'EMN, dans l'élimination partielle ou complète de cette relation avec l'État. Il se compose ainsi des quatre éléments spécifiques suivants :

- l'exploitation de l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité;
- le transfert du fardeau de la preuve;
- l'utilisation de sociétés écran; et
- l'utilisation de sociétés relais.

3.4 Les cinq facteurs de comparabilité

3.4.1 Les caractéristiques des biens et des services

Les caractéristiques d'un bien ou d'un service constituent le premier facteur de comparabilité à étudier, par l'EMN ou l'État, lors de la comparaison d'une transaction contrôlée et d'une transaction de libre marché. Le paragraphe 1.39 des Principes de l'OCDE explique :

« Les différences dans les caractéristiques spécifiques des biens ou des services expliquent souvent, au moins en partie, les différences dans leur valeur sur le marché libre. Par conséquent, une comparaison de ces caractéristiques peut être utile pour déterminer la comparabilité de transactions entre entreprises associées et de transactions sur le marché libre. »

Plusieurs caractéristiques peuvent être comparées afin d'en arriver à une détermination adéquate de la valeur d'un bien ou d'un service. Parmi ces éléments constitutifs, dans le cas d'un bien, il est possible de considérer :

- la qualité du bien;
- la fiabilité du bien;
- la disponibilité du bien;
- la quantité disponible du bien;
- l'endroit d'où provient le bien;
- la date ou la saison où se fait la transaction;
- la forme de la transaction (par exemple, vente ou consignation);
- le niveau de marché de la transaction (par exemple, prix de détail ou prix de gros);
- la présence d'un escompte selon le volume d'achat;
- la devise dans laquelle s'échangera le bien;
- la durée de vie du bien;
- l'avantage comparé du bien sur ses concurrents; et
- la complémentarité du bien avec d'autres biens.³¹

³¹ Certaines des caractéristiques suggérées proviennent notamment des paragraphes 1.39 et 1.55 des Principes de l'OCDE alors que d'autres sont de nous car tirées de notre expérience à titre de praticien en prix de transfert.

Un exemple simple permettra de saisir l'importance de ces caractéristiques pour la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée. Reprenons notre cas fictif, le marché des tomates. Supposons qu'une société par actions canadienne, la maison-mère, nous l'appellerons la société CANCO, doit s'approvisionner en tomates auprès de sa filiale située au Mexique, nous la nommerons la société MEXCO. Afin de déterminer un prix de transfert respectant le principe de pleine concurrence, la société CANCO devrait notamment s'intéresser aux caractéristiques suivantes sur les produits :

- aux sortes de tomates disponibles chez MEXCO : par exemple, tomates-cerises, tomates en grappes, tomates normales;
- la quantité disponible, pour une sorte donnée de tomates, qui sera notamment tributaire de la saison et de la provenance géographique;
- la possibilité d'obtenir un escompte, selon que sont achetées, par exemple, deux tonnes de tomates ou encore 10 tonnes ou 50 tonnes;
- au fait que l'approvisionnement se fera au prix de gros (puisque ce sont les épiceries canadiennes qui vendront les tomates au prix de détail, au prix payé par les consommateurs);
- au fait que la durée de vie d'une tomate ne dépassera guère de 2 à 4 semaines dans les meilleures conditions d'entreposage.

De ces quelques caractéristiques, nous comprenons que chaque sorte de tomates fera ainsi vraisemblablement l'objet d'un prix de libre marché plus ou moins différent des autres. Par exemple, le volume acheté de tomates par la société CANCO pourrait influencer le prix : en achetant 100 tonnes de tomates auprès de MEXCO, la société CANCO pourra peut-être obtenir un escompte de 10 % sur le montant de la transaction, comparativement à un achat de 10 tonnes. Par ailleurs, si le fournisseur MEXCO se retrouve dans une position l'obligeant à écouler un surplus de tomates, il est possible que le prix demandé à la société CANCO puisse être plus favorable à celle-ci, c'est-à-dire plus faible. À l'inverse, un temps sec, mais nuageux, pourrait créer une pénurie relative de tomates, ce qui engendrerait alors une pression haussière sur les prix que devra acquitter la société CANCO à MEXCO.

Toutefois, il faudra également considérer la demande actuelle du marché canadien pour les diverses sortes de tomates afin d'éviter des pertes de produits (et de revenus) liées aux tomates invendues. Enfin, peut-être CANCO consentirait-elle à déboursier un prix plus élevé par tonne de tomates si celles-ci sont produites de façon biologique par la société MEXCO, sans l'aide de pesticide, puisqu'elles pourront être vendues avec une marge bénéficiaire plus élevée sur le marché canadien. Bref, on le conçoit, tous ces aspects de la question auront des impacts directs sur la valeur des tomates, sur la détermination d'un prix de transfert.

Dans notre exemple, il s'agit d'informations essentielles à la compréhension du marché des tomates, des informations requises pour en arriver à la détermination d'un prix de transfert qui respectera le principe de pleine concurrence. En d'autres mots, à titre d'exemple, on ne saurait comparer le prix de tomates-cerises cultivées biologiquement par la société MEXCO avec celui de tomates normales cultivées à grande échelle par MEXCO.

Si nous généralisons quelque peu nos propos, nous pourrions dire qu'un exercice de comparabilité semblable sur les caractéristiques peut être conduit sur chaque bien ou service qui fait l'objet d'une transaction contrôlée entre des entités membres d'une EMN, donc pour laquelle un prix de transfert est requis. Dans le cas de tomates, l'exercice est vraisemblablement assez simple comme nous venons de le voir. Il est de ce fait possible à l'État de reproduire, de manière assez fidèle, la démarche de l'EMN et, le cas échéant, d'en questionner les résultats suite à une vérification fiscale.

Dans ce premier exemple, nous pouvons donc conclure que l'exercice du pouvoir procédural par l'EMN est peu convaincant. Il est de plus vraisemblable qu'en cas de litiges juridiques, l'État puisse faire porter le fardeau de la preuve exclusivement à l'EMN : il reviendrait alors, en finalité, à celle-ci de justifier ses prix de transfert face aux prétentions de l'administration fiscale. En d'autres mots, l'asymétrie de

l'information inhérente à la fiscalité internationale n'est pas significativement dommageable du point de vue de l'État dans cet exemple.³²

Mais qu'en serait-il si le bien était un ingrédient actif d'un médicament? Ou encore s'il s'agissait d'établir le prix d'un service financier plutôt que de tomates? Dans de tels cas, l'exercice de comparabilité pourrait se complexifier très rapidement du point de vue de l'État. La jurisprudence canadienne contient quelques exemples éloquents à cet effet. Par exemple, dans l'arrêt *Canada c. GlaxoSmithKline* (2012), le problème de la détermination d'un prix de transfert porte sur :

« [la] ranitidine — l'ingrédient pharmaceutique actif d'un médicament antiulcéreux commercialisé sous la marque nominale Zantac — de Adechsa S.A., une société affiliée non-résidente, à des prix variant entre 1 512 \$ et 1 651 \$ le kilogramme. Durant la même période, deux sociétés pharmaceutiques canadiennes fabriquant des produits génériques, à savoir Apotex Inc. et Novopharm Ltd., ont acheté auprès de fournisseurs avec lesquels elles n'avaient pas de lien de dépendance de la ranitidine à des prix variant entre 194 \$ et 304 \$ le kilogramme pour leurs médicaments antiulcéreux génériques. »³³

Dans cet exemple, aussi significatives que puissent sembler les différences de prix sur les divers canaux d'approvisionnement de la ranitidine, le tribunal n'a pas, à ce jour, établi que celles-ci reflétaient une situation qui ne respecte pas le principe de pleine concurrence. La nature même du produit, de même que d'autres facteurs, pourrait bien justifier ces différences significatives de prix.³⁴ L'asymétrie de l'information inhérente à la fiscalité internationale semble davantage significative du point de vue de l'État dans cette affaire.

³² On se rappellera que tout d'abord le fardeau de la preuve incombe au contribuable par application du principe d'autocotisation. Suite à une vérification fiscale, le fardeau de la preuve revient à l'administration fiscale si celle-ci entend soutenir avec succès un avis de nouvelle cotisation. Lorsque la preuve de l'État semble rencontrer ou rencontre les exigences liées au fardeau de la preuve, celui-ci est de nouveau sur les épaules de l'EMN, en tout ou en partie, qui doit alors répondre aux prétentions ou aux présomptions de l'État.

³³ Arrêt déjà cité; voir le préambule du jugement pour la citation, aucune page précise n'est disponible.

³⁴ Nous aurons l'opportunité d'y revenir plus loin.

Autre exemple, tout aussi difficile d'accès pour l'État, lors de la décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt dans *Capital Générale Électrique du Canada Inc. c. La Reine* (2009), le tribunal devait se pencher sur la pertinence et, le cas échéant, le quantum d'un montant déboursé annuellement par le contribuable canadien à sa maison-mère américaine, à titre de commission, afin de garantir ses emprunts effectués auprès d'une institution bancaire.³⁵ Le jugement rendu reflète bien les difficultés techniques qu'a sans doute occasionnée la transaction pour l'administration fiscale :

« [...] selon l'approche axée sur le taux de rendement, les économies de coût d'intérêt basées sur l'écart de notes entre [BBB-/BBB+] et AAA, cette dernière étant la note attribuée si la garantie de GECUS [« la maison-mère »] est en vigueur, correspondent à environ 183 points de base ou 1,83 %. Je suis d'avis [que des frais] de garantie de 1 % [sont égaux] ou [inférieurs] à un prix sans lien de dépendance dans les circonstances, puisque [l'intimée] a bénéficié d'un avantage économique net considérable grâce à l'opération. Le bénéfice économique net est supérieur au taux de 1,83 % calculé selon l'approche axée sur le taux de rendement [...] ». ³⁶

À la lecture de cette citation, on ne peut que constater la haute voltige financière nécessaire à cette quantification des « économies de coût d'intérêt basées sur l'écart de cotes de crédit ». Il est de ce fait précisé dans le jugement que « [l']appelante a fait entendre treize témoins, dont sept à titre de témoins experts. L'intimée a fait entendre sept témoins, dont cinq à titre de témoins experts. » ³⁷ Dans cette affaire, l'avantage

³⁵ *Canada c. Capital Générale Électrique du Canada Inc.*, 2009 CCI 563, disponible en ligne à <http://www.canlii.org/>.

³⁶ *Ibid.*, paragraphe 305. Les termes entre crochets sont inclus à la citation, sauf dans le cas de « la maison-mère ». Le lecteur notera également que « [l]es parties ont confirmé à l'audience que dans la citation [reproduite ci-haut dans notre exposé], tirée des motifs originaux, l'échelon inférieur de la cote est erronément décrit comme étant BBB-/BBB+, en raison d'une faute de transcription. » On devrait plutôt lire : « [BBB-/BB+] » (*Canada c. Capital Générale Électrique du Canada Inc.*, 2010 CAF 344, paragraphe 29, aussi disponible à <http://www.canlii.org/>). Lors de cet arrêt rendu à la Cour d'appel fédérale, le jugement de première instance fut maintenu.

³⁷ *Ibid.*, paragraphe 3.

possédé par l'EMN, relativement à l'asymétrie de l'information inhérente à la fiscalité internationale, est très significatif, d'où la nécessité des témoins experts.

Ces deux exemples, tirés de la jurisprudence canadienne, illustrent quelques-uns des défis que doit relever l'administration fiscale lors de sa vérification des prix de transfert de l'EMN sur une question, pourtant a priori simple : définir la nature d'un bien ou d'un service. Dans un premier temps, ces exemples rendent effectivement compte de situations où l'EMN internalise des coûts avec succès tout en profitant de l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité dès le moment de la détermination des prix de transfert de transactions contrôlées. Son pouvoir procédural est alors indéniable. À moins que ne soient vérifiées ces transactions, l'EMN tirera directement avantage de sa capacité à internaliser des coûts. Elle va répartir les coûts de ces transactions, leur quantum, comme bon lui semble à travers les entités participant à une transaction contrôlée.

Mais dans un deuxième temps, suite à sa vérification de prix de transfert, l'administration fiscale peut venir questionner la détermination du prix de transfert par l'EMN. À la lumière de ces deux exemples, elle s'avère cependant plus ou moins impuissante à rencontrer le fardeau de la preuve pouvant justifier un avis de nouvelle cotisation. Dans le cas de l'affaire *Capital Générale Électrique du Canada Inc. c. La Reine* (2009), c'est l'incapacité relative de l'administration fiscale à clairement définir ce qu'est une garantie sur emprunt qui lui semble fatale. L'EMN utilise ainsi l'asymétrie de l'information à son avantage, exerce son pouvoir procédural avec

succès.³⁸ Dans le cas de la ranitidine, l'ingrédient actif du médicament Zantac, l'asymétrie de l'information est aussi exploitée avec succès par le contribuable.³⁹

Notre exposé nous permet de conclure que plusieurs éléments relatifs à la définition d'un bien ou d'un service offrent des opportunités à l'EMN d'internaliser des coûts avec succès tout en profitant de l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité et, dans d'autres cas, d'exploiter les difficultés de l'État à rencontrer le fardeau de la preuve requis lors d'un avis éventuel de nouvelle cotisation. Le pouvoir procédural de l'EMN est donc utilisé avec succès dans le cadre de sa relation avec l'État.

3.4.2 L'analyse fonctionnelle

Outre l'examen des caractéristiques du bien ou du service, lors de la comparaison d'une transaction contrôlée et d'une transaction de libre marché, le deuxième facteur de comparabilité consiste en une analyse fonctionnelle des deux entités de l'EMN qui participent à la transaction contrôlée. Le paragraphe 1.42 des Principes de l'OCDE explique :

« Dans le cadre de transactions entre deux entreprises indépendantes, la rémunération correspondra en général aux fonctions assumées par chaque entreprise (compte tenu des actifs mis en œuvre et des risques assumés). Par conséquent, pour déterminer si des transactions entre entreprises associées et des transactions entre entreprises indépendantes sont comparables, ou si des entités associées et des entités indépendantes sont comparables, il faut réaliser une analyse fonctionnelle. Cette analyse fonctionnelle a pour but d'identifier et de

³⁸ Le paragraphe 1 du jugement, déjà cité, explique : « L'appelante a déduit ces commissions à l'égard de ses années d'imposition 1996 à 2000. Le ministre du Revenu national (le « ministre ») a établi de nouvelles cotisations à l'égard de l'appelante, lui refusant la déduction des commissions et ajoutant la retenue d'impôt prévue à la partie XIII parce qu'il était d'avis que l'appelante ne recevait aucun avantage économique de la garantie, de sorte que le prix « sans lien de dépendance » pour la garantie était nul. » De la sorte, ne pas comprendre la signification de « l'avantage économique de la garantie », une des caractéristiques essentielles du service, est fatal pour l'administration fiscale dans cette affaire.

³⁹ Mais nous verrons sous peu que ce n'est toutefois pas uniquement la nature spécifique du produit qui est en cause quant aux difficultés de l'administration fiscale à rencontrer les exigences du fardeau de la preuve dans ce cas précis.

comparer les activités et responsabilités économiquement significatives, les actifs utilisés et les risques assumés par les parties aux transactions. »

L'analyse fonctionnelle se compose donc de trois éléments distinctifs :

- l'analyse des fonctions;
- l'analyse des risques; et
- l'analyse des actifs.

La démarche à suivre consiste à considérer, pour chacune des filiales de l'EMN participant à une transaction contrôlée, l'apport fait directement ou indirectement à cette transaction en termes de fonctions, de risques et d'actifs. Cette démarche peut être à la fois qualitative et quantitative, au gré des données financières et des autres types d'informations disponibles. Parmi les fonctions à étudier, des fonctions pertinentes à la réalisation de la transaction contrôlée, on dénombre :

- les fonctions stratégiques et managériales;
- les services corporatifs (juridiques, comptabilité, financement, etc.);
- les fonctions manufacturières (conception et design, fabrication, assemblage, etc.);
- les fonctions de distribution et de commercialisation (approvisionnement, ventes, publicité et marketing, entreposage, transport, assurances, service après-vente, etc.);
- la recherche et le développement; et
- les ressources humaines (embauche, formation, développement, évaluation, licenciement, etc.).⁴⁰

Parmi les risques à considérer, se retrouvent :

- les risques de marché pertinents à la transaction contrôlée (par exemple, les risques liés aux coûts des fournitures et la certitude du prix qui sera obtenu sur le marché libre pour le bien ou le service);
- les risques de pertes en lien avec les actifs utilisés dans la transaction contrôlée (feu, vol et accident relativement aux équipements, aux entrepôts, lors du transport de marchandises, etc.);

⁴⁰ Le paragraphe 1.43 des Principes de l'OCDE nomme certaines de ces fonctions. La liste présentée, telle que catégorisée, est de nous.

- les risques financiers (par exemple, les coûts d'emprunt, les taux de change, etc.); et
- les risques en termes de responsabilité civile ou criminelle.⁴¹

Enfin, parmi les actifs à étudier, on devrait inclure :

- les immeubles et entrepôts utilisés dans la transaction contrôlée;
- les équipements utilisés;
- l'âge et le degré d'usure des équipements, immeubles et entrepôts;
- les processus de fabrication et brevets pertinents utilisés (aussi appelés « biens incorporels manufacturiers »); et
- les processus marketing et de ventes pertinents utilisés (également connus sous le nom de « biens incorporels de commercialisation »).⁴²

Poursuivons ainsi notre réflexion sur notre cas fictif du marché des tomates. La société canadienne CANCO s'approvisionne en tomates de toutes sortes auprès de sa filiale MEXCO, située au Mexique. Afin de déterminer un prix de transfert respectant le principe de pleine concurrence, l'EMN devra s'intéresser aux fonctions, risques et actifs requis dans la production et la vente de tomates. L'exemple suivant donne une représentation réaliste de ce que pourrait être le portrait de cette transaction contrôlée en ce qui a trait aux fonctions des sociétés CANCO et MEXCO.

⁴¹ Les paragraphes 1.45 et 1.46 proposent certains risques pertinents. La liste présentée, telle que catégorisée, est de nous.

⁴² Le paragraphe 1.44 nomme certains actifs. La liste présentée, telle que catégorisée, est de nous. Pour le bénéfice du lecteur, rappelons qu'un bien incorporel manufacturier est généralement développé par la fonction de R&D de l'entreprise (parfois en collaboration avec la fonction manufacturière). Cela peut être un secret industriel, un processus manufacturier particulier, un brevet, un modèle (« blue print »), etc. Quant au bien incorporel de commercialisation, il a également une origine d'une propriété intellectuelle mais d'une nature différente. Il est communément associé aux fonctions de commercialisation de l'entreprise. Cela peut être un logo, un pictogramme, une marque de commerce, un slogan, etc. Le chapitre 6 des Principes de l'OCDE présente plus en détail les biens incorporels manufacturiers et de commercialisation et leurs impacts sur la détermination d'un prix de transfert.

Tableau 3.1 Fonctions de CANCO et MEXCO

	CANCO	MEXCO
Fonctions stratégiques et managériales de l'EMN	X	
Services corporatifs de l'EMN (juridiques, comptabilité, financement, etc.);	X	
Fonctions manufacturières : production de tomates		X
Fonctions de commercialisation de tomates au Canada (approvisionnement, distribution, publicité et marketing, entreposage, transport, assurances des stocks de tomates, etc.)	X	
Recherche et développement : développement de divers plants de tomates résistant aux insectes et à la sécheresse	X	
Ressources humaines (embauche, formation, développement, évaluation, licenciement, etc.).	X	X

Quelques remarques sont requises sur ces fonctions. D'abord, il faut noter que le paragraphe 1.43 des Principes de l'OCDE précise que ce ne sont pas tant les fonctions accomplies par les entités de l'EMN participant à la transaction contrôlée qui est d'intérêt mais bien la contribution économique que chacune de ces fonctions amène à la transaction contrôlée. Dit autrement, certaines fonctions réalisées par l'une ou l'autre des entités vont générer le profit au sein de l'EMN alors que d'autres fonctions seront uniquement en soutien à ces fonctions clés de l'EMN.⁴³

Dans notre exemple, cela revient à dire que sans production de tomates, pas de produits à vendre. C'est donc, en théorie, la fonction de production de tomates, accomplie par la société MEXCO, qui est importante économiquement lors de la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée entre les sociétés

⁴³ Le paragraphe 1.43 des Principes de l'OCDE énonce : « [a]lors qu'une des parties peut assurer un nombre important de fonctions par rapport à l'autre partie à la transaction, ce qui compte c'est l'importance économique de ces fonctions du point de vue de leur fréquence, de leur nature et de leur valeur pour les parties respectives. »

CANCO et MEXCO. Elle devrait être une fonction profitable, par conséquent source de profits à l'intérieur de l'EMN, source de profits pour la société MEXCO.

Cependant, sans commercialisation et distribution de tomates par la société CANCO, pas de ventes. Il s'ensuit que les fonctions de commercialisation et de distribution de tomates jouent également un rôle non négligeable dans une transaction contrôlée portant sur des tomates. Ces fonctions doivent dès lors être aussi source de profits à l'intérieur de l'EMN, source de profits pour la société CANCO. Cela sera particulièrement vraisemblable si la commercialisation s'effectue à l'aide de biens incorporels de commercialisation, par exemple une marque de commerce.

En effet, les entreprises actives dans la commercialisation de produits et de services de toutes sortes créent, développement, maintiennent et font la promotion de leurs marques de commerce respectives. Nous sommes entourés par la publicité relative aux marques de commerce de centaines d'entreprises. Toute cette publicité, active ou passive, vise à développer ou à maintenir des parts de marché. Elle ambitionne aussi de proposer aux consommateurs des biens et des services identifiés à une marque de commerce, biens et services qui seront alors offerts à prix plus élevés que ceux des concurrents, ce qui aura pour effet d'augmenter les marges bénéficiaires de ces entreprises.⁴⁴ Dans notre exemple, la société CANCO pourrait avoir développé des marques de commerce pour les différentes sortes de tomates distribuées au Canada ou encore faire la promotion de tous ces produits à l'aide d'une mascotte.⁴⁵

⁴⁴ Par exemple, dans le domaine alimentaire, les produits « sans marque » ou « de l'épicier » sont systématiquement vendus à un coût moindre que les produits « renommés ». Cette différence de prix peut parfois atteindre 50 % et même 100 %. Sachant, au Canada, que les normes sanitaires et les procédés de production alimentaire sont très stricts, nous pouvons en conclure que ces différences de prix s'expliquent principalement par la présence de biens incorporels de commercialisation exploités avec succès. La situation n'est guère différente dans la plupart des pays.

⁴⁵ Qui ne connaît pas les marques de commerce « Coke » ou « Pepsi »? Dans le cas des mascottes, on peut, par exemple, penser au « Géant vert » de l'EMN General Mills ou encore à « Bibendum », mieux connu sous le nom du « Bonhomme Michelin » de l'EMN du même nom. Certaines marques de commerce valent dans les faits d'énormes fortunes. Par exemple, Apple et Google sont des marques de

Quant à la fonction de recherche et développement, son importance pourrait varier selon le type de tomates produites. Dans le cas de tomates biologiques, par exemple, la résistance du plant de tomates aux insectes et au temps sec est sans doute cruciale. Dans d'autres types de récoltes de tomates, cette R&D a probablement moins de valeur étant donné l'utilisation de divers pesticides.⁴⁶

Bref, la possession et l'exploitation d'un bien incorporel manufacturier ou de commercialisation permettent à l'entreprise, qu'elle soit une entité au sein d'une EMN ou non, de vendre ses biens ou ses services à des prix plus élevés que ne le pourrait un concurrent qui ne possède pas cette distinction. Appliquée à la détermination d'un prix de transfert, l'analyse de comparabilité d'une transaction contrôlée doit par conséquent tenir compte de la présence d'un bien incorporel manufacturier ou de commercialisation puisque celui-ci engendre une plus-value dans la transaction contrôlée. Réitérons qu'il en résulte qu'une entité qui possède un bien incorporel manufacturier ou de commercialisation, dont la valeur est reconnue par le marché de pleine concurrence, peut s'attendre à une marge bénéficiaire plus élevée que ses concurrents qui n'en possèdent pas.⁴⁷

Par ailleurs, il est plausible de prétendre que les fonctions stratégiques, managériales et corporatives ont une importance moindre, comparativement à celles

commerce évaluées à plus de 90 milliards de dollars américains respectivement (voir à cet effet, Canal Argent, « Apple devient la plus grande marque au monde », *TVA Nouvelles*, 30 septembre 2013, <http://argent.canoe.ca/nouvelles/international/apple-devient-la-plus-grande-marque-au-monde-30092013>; consulté le 6 décembre 2013).

⁴⁶ Dans la réalité, la plupart des EMN agricoles possèdent effectivement plusieurs biens incorporels manufacturiers incluant des semences résistantes à la sécheresse, des plants résistants aux insectes et aux parasites, des récoltes qui ont une vie d'entreposage plus longue, etc. (nous parlons d'expérience).

⁴⁷ Rappelons que notre exposé n'a pas la prétention d'enseigner la technique fiscale du prix de transfert. Mais il nous faut tout de même illustrer au lecteur les diverses péripéties qu'implique la détermination d'un prix de transfert d'une transaction contrôlée à l'aide du principe de pleine concurrence si l'on souhaite effectuer une comparaison valable avec la taxation unitaire. À cet effet, disons donc simplement que quantifier la valeur d'un bien incorporel dans une transaction contrôlée est un exercice extrêmement périlleux puisqu'il est difficile de trouver des comparables. Nous y reviendrons lors de la comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire au prochain chapitre.

de production et de commercialisation des tomates, en regard de la contribution totale à la valeur du bien, donc du profit associé à la transaction contrôlée.

Un exercice semblable sur les risques assumés et les actifs utilisés par les entités qui participent à la transaction contrôlée est nécessaire pour compléter l'analyse fonctionnelle. Cet exercice complémentaire a pour effet d'enrichir l'analyse des fonctions des sociétés par actions impliquées dans la transaction contrôlée. Lorsqu'une fonction spécifique est réalisée par une entité donnée, les Principes de l'OCDE précisent que la valeur de celle-ci est directement proportionnelle au risque d'entreprise qui y est associé et aux actifs utilisés pour l'accomplir. Le paragraphe 1.47 énonce :

« Les fonctions exercées (compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés) déterminent *dans une certaine mesure* la répartition des risques entre les parties, et donc les termes dont chacune d'entre elles devrait bénéficier si les transactions se faisaient dans des conditions de pleine concurrence. » [*les italiques sont de nous*]

Ce n'est pas le fruit du hasard si on observe dans cette explication l'expression « dans une certaine mesure ». En effet, l'EMN pourrait choisir d'organiser ses affaires commerciales de telle sorte que les risques qui seraient normalement associés à une fonction ne le soient plus. Le paragraphe 9.10 précise à cet effet :

« L'examen de l'allocation des risques entre entreprises associées constitue un volet essentiel de l'analyse fonctionnelle. Généralement, sur le marché libre, l'acceptation d'un risque accru serait également compensée par une hausse du rendement escompté, même si, en réalité, le rendement augmentera ou non suivant le degré de réalisation effective des risques [...] Il est fréquent que des activités locales soient transformées en activités à risques réduits (par exemple en « distributeurs limités » ou en « sous-traitants ») et que des profits relativement faibles (mais généralement stables) leur soient attribués au motif que le risque d'entrepreneur est assumé par une autre partie, à laquelle le bénéfice résiduel est attribué. »

Dans notre cas fictif, la société CANCO pourrait dès lors choisir de structurer les affaires commerciales de l'EMN de façon à ce que la société MEXCO, chargée de produire des tomates, ne soit pas exposée aux risques d'entreprise, ni n'utilise d'actifs dont elle serait propriétaire. Pour ce faire, il s'agirait que la société CANCO soit propriétaire des terres agricoles mexicaines, en plus d'être l'assureur de ces terres, et qu'elle fournisse, en fait loue, les équipements agricoles à la société MEXCO. Ainsi, bien que MEXCO soit le producteur de tomates, la valeur économique de cette fonction de production serait significativement diminuée pour celle-ci compte tenu de l'absence des risques auxquels est habituellement exposé un tel producteur agricole. La rentabilité de la société MEXCO en serait tout autant diminuée notamment à cause des charges, frais de location et d'assurance, déboursés à la société CANCO.

Dit autrement, en diminuant la valeur économique de la production agricole de MEXCO, la société CANCO diminuerait d'autant le profit de cette fonction à l'intérieur de l'EMN, profit qui revient à la société MEXCO. Il en résulterait qu'une proportion plus importante du profit total de l'EMN serait octroyée aux fonctions accomplies par la société CANCO. Du point de vue de l'État, cette restructuration partielle des activités commerciales de l'EMN ne vient pas ébranler sa capacité à composer avec l'asymétrie de l'information inhérente à la fiscalité internationale puisque le contribuable CANCO demeure au centre des modifications corporatives envisagées. La restructuration n'occasionnerait donc pas de difficultés supplémentaires lors d'une éventuelle vérification fiscale des transactions contrôlées de l'EMN.

Mais la société CANCO étant localisée au Canada, son taux d'imposition statutaire est relativement élevé. Le lecteur aura compris que brille ainsi à l'horizon l'opportunité pour l'EMN de plutôt utiliser une ou plusieurs sociétés écran opérationnelles afin d'organiser « adéquatement » les fonctions accomplies, les risques assumés et les actifs utilisés dans ses affaires commerciales, dans le but de minimiser sa charge globale d'impôts à payer. Il est alors question de mettre fin, au

moins partiellement, à la relation avec l'État, d'adopter un comportement de défection. Le pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale peut, de ce fait, être pleinement exploité comme nous allons maintenant l'illustrer.⁴⁸

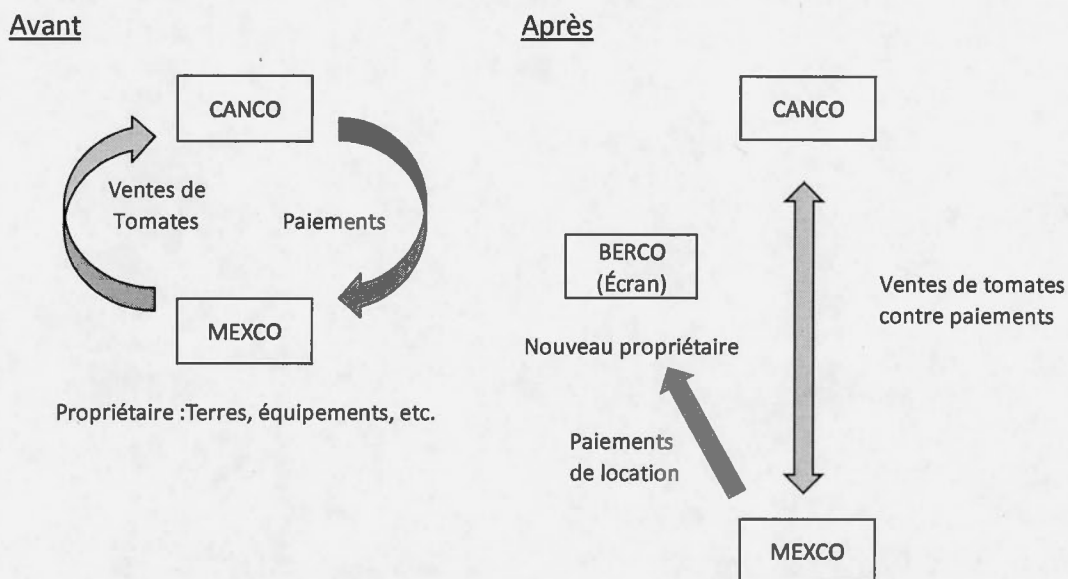
Ainsi, pour l'EMN CANCO, il vaut mieux créer une société écran, par exemple la société BERCO, située aux Bermudes, où le taux d'imposition statutaire des bénéfices est très faible.⁴⁹ La société CANCO, actionnaire unique de BERCO, pourra dès lors injecter une somme initiale, suffisamment importante, dans cette nouvelle société par actions, un investissement parfaitement légal, pour que celle-ci puisse ensuite devenir propriétaire des terres agricoles et des équipements de la société MEXCO, en plus d'agir en tant qu'assureur commercial pour MEXCO. Ce faisant, une partie du profit qui devait revenir à la société MEXCO, pour sa production de tomates, sera dorénavant transférée vers la société BERCO puisque cette dernière louera notamment les équipements à MEXCO de même que l'accès aux terres agricoles, en plus d'en être l'assureur. L'EMN crée de la sorte de nouvelles transactions contrôlées qui permettent de diminuer son taux effectif global d'imposition. En d'autres mots, elle extrait de la juridiction de l'État canadien une portion du profit qui était originalement associée à la transaction contrôlée entre les sociétés MEXCO et CANCO, transaction sur laquelle cet État possédait une pleine juridiction.

⁴⁸ Rappelons de nouveau que le concept du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale se fonde sur l'exploitation de l'asymétrie de l'information à deux niveaux distincts : dans le cours de la relation avec l'État et, lorsque possible et pertinent à l'EMN, dans l'élimination partielle ou complète de cette relation avec l'État. Il se compose ainsi des quatre éléments spécifiques suivants :

- l'exploitation de l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité;
- le transfert du fardeau de la preuve;
- l'utilisation de sociétés écran; et
- l'utilisation de sociétés relais.

⁴⁹ Nous poursuivrons l'ensemble de notre analyse à l'aide de sociétés par actions uniquement. Mais dans la réalité, il existe une myriade importante d'entités, autres que des sociétés par actions, qui peuvent s'avérer utiles à la mise en œuvre d'une planification fiscale par l'EMN en fiscalité internationale. La présentation de ces entités dépasse cependant l'objet de notre exposé qui n'a pas pour objectif, il faut le dire, d'offrir une « recette » éprouvée de planification fiscale internationale.

Figure 3.2 Création de la société écran BERCO

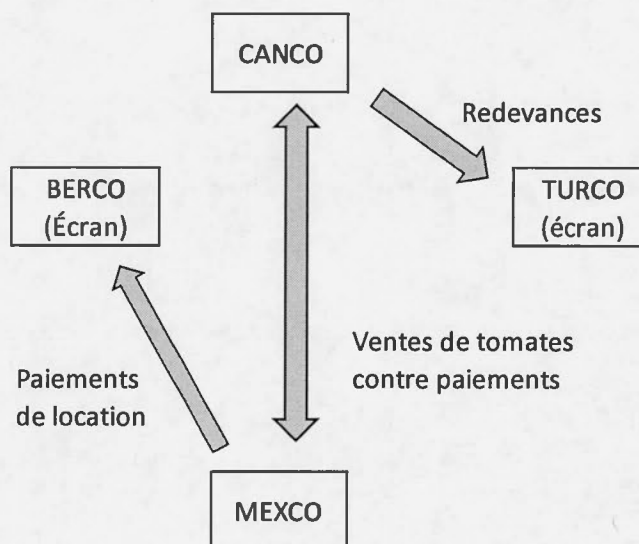


L'EMN CANCO pourra également envisager la création d'une deuxième société écran, par exemple la société TURCO, située aux Iles Turques-et-Caïques, à laquelle seraient vendus les brevets sur les plants de tomates résistant aux insectes et au temps sec possédés par CANCO.⁵⁰ De ce fait, la société TURCO obtiendrait une partie des profits initialement gagnés par la société CANCO puisque CANCO devrait maintenant acquitter des redevances à la société TURCO pour avoir le droit d'utiliser les brevets sur les plants de tomates résistant aux insectes et au temps sec, brevets désormais la propriété exclusive de la société TURCO. L'EMN crée de la sorte une autre transaction contrôlée qui permet, elle aussi, de diminuer le taux effectif global d'imposition de l'EMN. Elle évacue de nouveau de la juridiction de l'État canadien

⁵⁰ Suite à une première injection de fonds dans cette société écran, de nouveau, de façon parfaitement légale. Notons que la vente de ces brevets devrait généralement se faire bien avant le début de leur commercialisation de manière à ce que les sommes reçues par la société CANCO soient minimisées. L'EMN cherchera à minimiser ces sommes reçues, si possibles à les rendre nulles après ajustements comptables, puisqu'elles seraient imposables dans le revenu de la société CANCO, après certains ajustements fiscaux supplémentaires, comme gains en capital en vertu de l'article 38 de la LIR.

une portion du profit qui était originalement associée à la transaction contrôlée entre les sociétés MEXCO et CANCO, transaction sur laquelle cet État possédait une pleine juridiction.

Figure 3.3 Création de la société écran TURCO



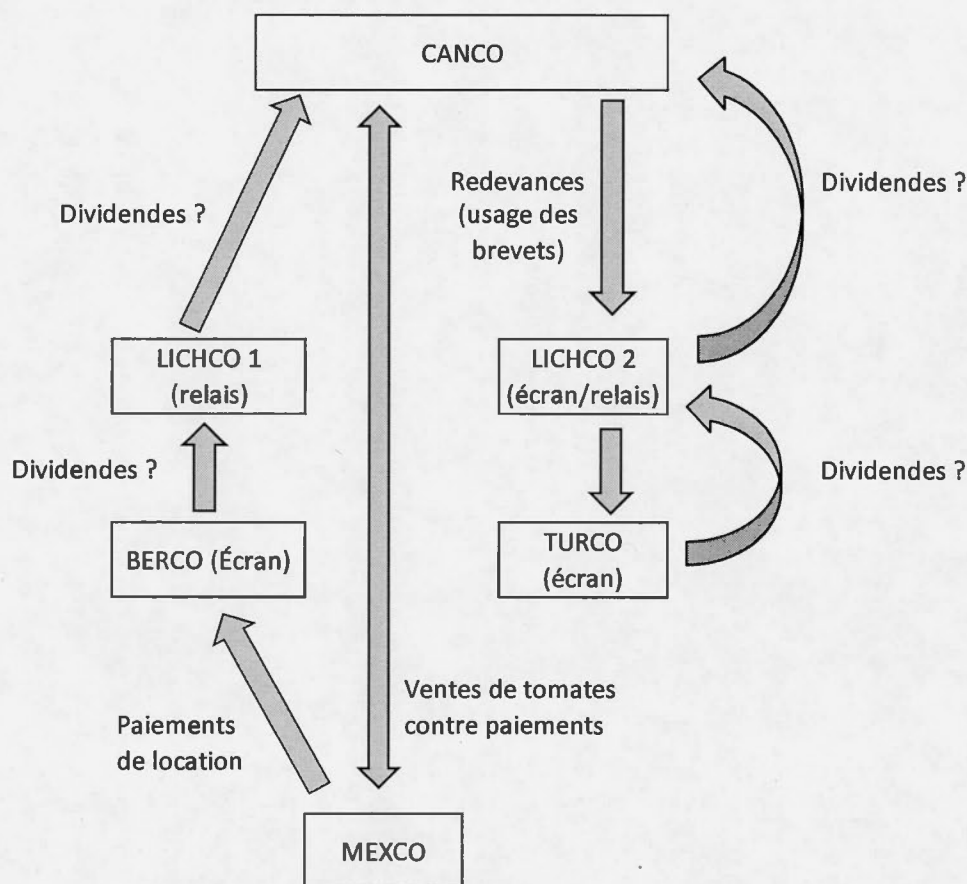
Ensuite, l'EMN CANCO pourra aussi envisager la création de deux autres sociétés, par exemple LICHCO 1 et LICHCO 2, situées au Liechtenstein, qui seraient interposées entre CANCO et TURCO et entre CANCO et BERCO afin de rendre davantage « opaques », à une éventuelle vérification par l'administration fiscale, les transactions contrôlées qu'elle vient de créer de toutes pièces.⁵¹ Ce faisant, du point de vue de la société CANCO, une hypothétique vérification fiscale canadienne serait plus exigeante pour l'État, avec les conséquences que cela implique pour éventuellement rencontrer les exigences du fardeau de la preuve nécessaire au succès d'un avis de nouvelle cotisation. L'EMN exerce ainsi, avec force, son pouvoir procédural face à l'État.

⁵¹ Dans la réalité, il est vraisemblable que l'ensemble de ces entités corporatives soit créé de façon presque simultanée selon les conditions techniques et les provisions fiscales spécifiques applicables.

La société LICHCO 1 pourrait, par exemple, être utilisée comme société relais pour la transaction portant sur les paiements de location de MEXCO à BERCO, paiements qui seront éventuellement rapatriés vers CANCO sous forme de dividendes. La société LICHCO 2 pourrait avoir pour fonction le financement des activités commerciales de l'ensemble des entités de l'EMN. Elle ferait dès lors office de pivot financier. La société LICHCO 2 pourrait également être utile lors d'un éventuel rapatriement au Canada, à CANCO sous forme de dividendes, des profits, maintenant situés dans la société TURCO, par voie des redevances reçues sur les brevets. LICHCO 2 jouerait alors le rôle de société relais tel que nous l'avons expliqué au chapitre précédent.⁵²

⁵² Il importe à ce stade de rappeler que notre exemple a pour seul objectif d'illustrer notre exposé; il est donc totalement fictif. Il n'est absolument pas acquis, dans la réalité, que ce sera uniquement avec ce type d'entités, des sociétés par actions, localisées dans ces pays spécifiquement, qu'il serait possible d'atteindre l'objectif de la minimisation de la charge globale d'impôts à payer. Bref, de nouveau, nous n'offrons pas dans ce texte une recette éprouvée de planification fiscale internationale.

Figure 3.4 Créations de LICHCO 1 et LICHCO 2



Cette réorganisation des affaires commerciales de l'EMN illustre que plusieurs éléments correspondant à l'analyse fonctionnelle offrent des opportunités à l'EMN d'exercer son pouvoir procédural avec succès en fiscalité internationale. Certaines opportunités sont effectivement liées à l'utilisation de l'asymétrie de l'information dans le cadre de la relation avec l'État. Mais les plus significatives résident dans les stratégies de défection à l'aide de sociétés écran et de sociétés relais. Dans l'application de chacune de ces stratégies, l'EMN augmente significativement la difficulté de l'État à effectuer une vérification fiscale et, de la sorte, à éventuellement

rencontrer les exigences du fardeau de la preuve relativement à un avis de nouvelle cotisation.⁵³

3.4.3 Les clauses contractuelles

Outre l'examen des caractéristiques du bien ou du service et l'analyse fonctionnelle, lors de la comparaison d'une transaction contrôlée et d'une transaction de libre marché, les clauses contractuelles seront examinées par l'EMN et, au cours d'une éventuelle vérification fiscale, par l'État. Il s'agit du troisième facteur de comparabilité. Le paragraphe 1.52 des Principes de l'OCDE explique :

« Dans des transactions de pleine concurrence, les clauses contractuelles définissent en général, expressément ou implicitement, les modalités de répartition des responsabilités, des risques et des bénéfices entre les parties. C'est pourquoi l'analyse des clauses contractuelles fait partie intégrante de l'analyse fonctionnelle évoquée ci-dessus. »

Cela revient essentiellement à dire qu'en affaires, les parties s'entendent habituellement par voie de contrat écrit. Dans notre cas fictif, on pourrait s'attendre à ce que la société CANCO ait signé un contrat d'approvisionnement en tomates avec MEXCO, à l'instar de ce que ferait tout acheteur avec son ou ses fournisseurs dans une situation de pleine concurrence. Parmi les clauses à un tel contrat, on retrouverait notamment :

- les types de tomates à produire et en quelles quantités;
- les spécifications techniques de production (par exemple, des tomates biologiques);
- le mode de livraison et les dates de livraison des cargaisons de tomates;
- les escomptes applicables, le cas échéant;
- les clauses de responsabilités (par exemple, en cas de destruction ou de pertes de stocks, etc.); et
- la responsabilité civile et criminelle (par exemple, en cas d'empoisonnement, de virus, etc.).

⁵³ Nous examinerons quelques cas de jurisprudence canadienne à ce sujet sous peu.

Sur les escomptes applicables, le contrat pourrait, par exemple, prévoir que la société CANCO recevra un escompte de prix de 3 % supplémentaire par tranche de 10 tonnes de tomates-cerises achetées auprès de la société MEXCO dans un trimestre donné. Mais notons qu'il est possible qu'une telle provision ne se retrouve pas forcément dans une transaction de pleine concurrence. Cela ne ferait pas de la transaction contrôlée entre les sociétés CANCO et MEXCO une transaction en violation du principe de pleine concurrence pour autant. Il faudrait alors s'interroger sur la logique commerciale d'un tel accord. C'est dès lors les effets de l'escompte sur la profitabilité éventuelle de la société MEXCO qu'il faudrait notamment examiner.⁵⁴

Dans un contrat respectant le principe de pleine concurrence, conséquemment à notre exemple, la société MEXCO aurait vraisemblablement les obligations légales, reliées de près ou de loin, à la production de tomates. La société CANCO aurait, de son côté, la responsabilité légale associée à la plupart des fonctions de commercialisation de tomates. Encore une fois, tout comme pour les fonctions, la société CANCO pourrait choisir, par contrat, de s'attribuer une plus grande part des obligations légales au contrat; par exemple, en se portant garant de MEXCO quant à tous les risques associés à la production de tomates. Néanmoins, dans tous les types de contrats, le paragraphe 1.53 des Principes de l'OCDE précise :

« Dans le cadre de transactions entre entreprises indépendantes, les parties – du fait de leurs intérêts divergents – s'efforceront habituellement de faire respecter le

⁵⁴ C'est à titre de praticien que nous faisons cette affirmation. La question consistant à juger du caractère de pleine concurrence d'un escompte de volume n'est malheureusement pas simple. C'est incidemment cette variable qui fut déterminante dans la cause *J. Hofert Limited v. Minister of National Revenue*, déjà citée. Dans cette affaire, l'administration fiscale canadienne dénonçait la marge de profit « trop faible » de la filiale canadienne impliquée dans une transaction contrôlée portant sur des sapins de Noël. Néanmoins, le processus mené devant le tribunal par le contribuable a permis d'illustrer que la maison-mère américaine bénéficiait d'un escompte de pleine concurrence sur l'achat de davantage de sapins de Noël, détruisant du même coup les prétentions de l'intimé. Voir Eden (1998), pp. 54-61 à ce sujet.

contrat et les clauses contractuelles ne seront ignorées ou modifiées après coup que si les deux parties y ont intérêt. On ne rencontre pas toujours cette divergence d'intérêt lorsqu'on a affaire à des entreprises associées et il importe alors d'examiner si les parties se sont conformées au contrat ou si leur comportement démontre que le contrat n'a pas été respecté ou n'est qu'une fiction. En pareils cas, une analyse s'impose pour déterminer les véritables modalités de la transaction. »

Ainsi, le lecteur, maintenant initié à l'utilisation des sociétés écran, aura sans doute saisi qu'il est également possible de faire transiter, au moins sur papier, les cargaisons de tomates produites par la société MEXCO, à l'intention du marché canadien, par une autre société écran, par exemple la société VIERCO, située dans les Iles Vierges britanniques, à laquelle seraient alors confiées des fonctions telles que la facturation et le transport de cargaisons de tomates en plus des risques commerciaux afférents à ces fonctions.

La démarche consistera à créer une nouvelle société écran et à faire en sorte que la société CANCO passe dorénavant contrat avec VIERCO pour l'approvisionnement du marché canadien en tomates.⁵⁵ L'EMN pourrait de plus, si sa taille le justifie, rendre propriétaire des équipements nécessaires au transport de tomates cette nouvelle société écran. Il en résulterait, de nouveau, qu'une partie du profit, plus ou moins importante, qui aurait dû revenir à la société MEXCO, reviendrait à cette nouvelle entité corporative.⁵⁶

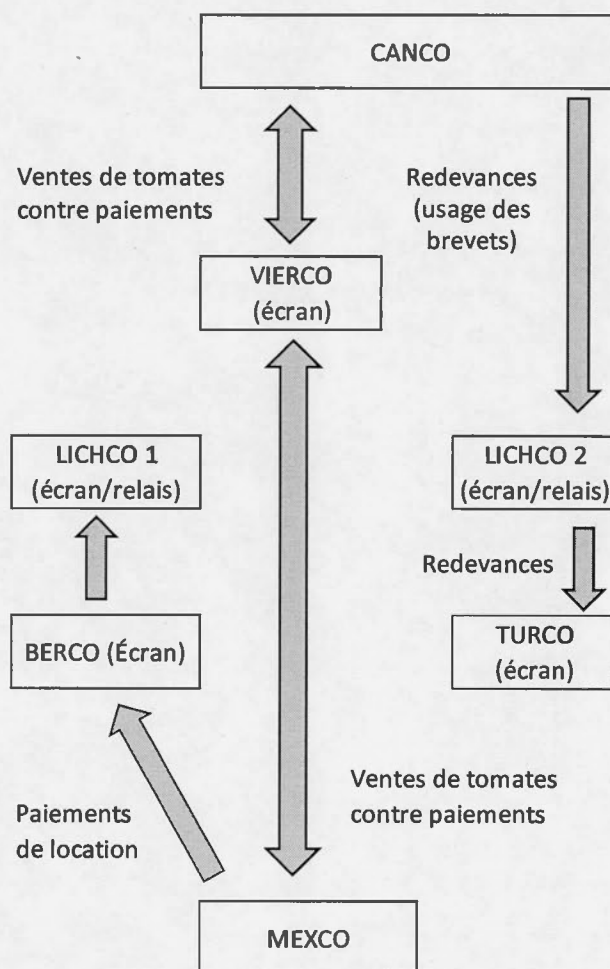
Voilà un autre exemple d'exercice, avec succès, par l'EMN du pouvoir procédural à sa disposition en prix de transfert. L'EMN crée, une fois de plus, une transaction contrôlée qui permet de diminuer son taux effectif global d'imposition. Elle extrait par ailleurs, encore une fois, de la juridiction de l'État canadien une

⁵⁵ La société VIERCO passerait évidemment contrat avec MEXCO pour compléter la dimension commerciale, à ne pas négliger, de la stratégie.

⁵⁶ C'est notamment cette stratégie qui est utilisée par les producteurs bananiers, embourbés dans une controverse de prix de transfert, à laquelle nous avons fait allusion précédemment. Notons que cette stratégie peut aussi s'inscrire dans l'influence du facteur de l'analyse fonctionnelle présenté plus haut.

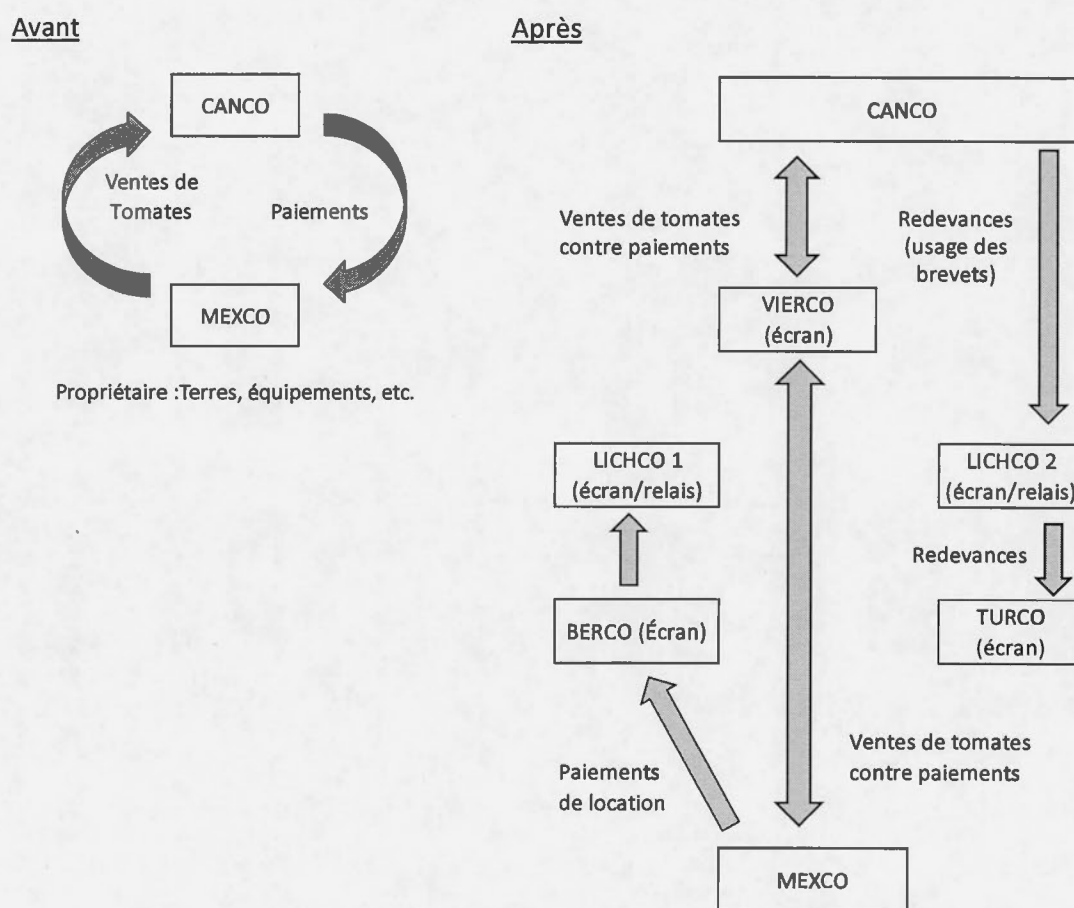
portion de l'information originalement disponible relativement à la production de tomates puisque la transaction, du point de vue de la société CANCO, porte désormais uniquement sur l'achat de tomates à la société VIERCO. Les informations relatives à la production de tomates sont disponibles exclusivement lors de l'examen de la transaction contrôlée entre les sociétés MEXCO et VIERCO, une transaction qui n'est plus sous la juridiction de l'État canadien puisque celui-ci assujettit seulement la société CANCO à l'imposition.

Figure 3.5 Création de VIERCO



Une image valant effectivement bien souvent mille mots, une comparaison de la figure 3-2 à la figure 3-5 illustre clairement le pouvoir procédural de l'EMN dans le système de fiscalité internationale actuel, pouvoir qui s'épanouit dans le respect scrupuleux des lois fiscales domestiques et des conventions bilatérales en place.

Figure 3.6 Comparaison des activités de la société CANCO



Ces quelques démarches, plutôt simples au plan administratif pour CANCO, illustrent quelques-unes des possibilités de planifications fiscales offertes à l'EMN dans le système de fiscalité actuel relativement aux facteurs de l'analyse fonctionnelle

et des clauses contractuelles, ceci dans un exemple fictif pourtant apparemment simple : la production et la vente de tomates.⁵⁷ Alors que la compréhension des fonctions de l'EMN est déjà un processus qui n'est pas sans difficulté pour le non-initié aux activités commerciales concernées, l'inclusion de sociétés écran et de sociétés relais peut rendre virtuellement impossible cet exercice tel que l'illustre notre cas fictif.

Du point de vue de l'État, en réorganisant ses affaires commerciales, l'EMN rend très difficile d'accès l'information lors d'une vérification fiscale. L'EMN exploite de la sorte l'asymétrie de l'information aux deux niveaux simultanément : dans le cours de sa relation avec l'État et dans l'élimination partielle de cette relation grâce aux sociétés écran et sociétés relais.

La jurisprudence canadienne offre un exemple récent d'application de cette stratégie intégrée à deux niveaux. Dans l'arrêt *Canada c. GlaxoSmithKline* (2012), déjà cité, les différences de prix très significatives sur les divers canaux d'approvisionnement de la ranitidine laisseraient à penser qu'il s'agit d'une situation qui ne respecte pas le principe de pleine concurrence. Voilà en fait succinctement énoncée la genèse du litige juridique entre le contribuable et l'administration fiscale, suite à la vérification de prix de transfert de ce dernier. Pourtant le tribunal de dernière instance, la Cour suprême du Canada, écrit au paragraphe 76 de sa décision :

« À l'instar de la Cour d'appel fédérale, je suis d'avis de renvoyer l'affaire à la Cour de l'impôt pour qu'elle réexamine la question en tenant compte de l'incidence du contrat de licence sur les prix payés par Glaxo Canada pour se procurer de la ranitidine auprès d'Adechsa [une société affiliée non-résidente]. Le juge de la Cour de l'impôt devrait examiner les nouveaux éléments de preuve que les parties demanderont à lui présenter et qu'il voudra recevoir. » [les soulignements sont de nous].

⁵⁷ Il va de soi que certaines conditions techniques de mise en place de ces diverses sociétés écran et sociétés relais devront être respectées par l'EMN CANCO afin d'éviter que ne se créent d'autres genres de conséquences fiscales fâcheuses pour cette dernière. Mais l'illustration proposée est suffisante pour la compréhension des opportunités disponibles et, surtout, pour ne pas alourdir inutilement notre exposé.

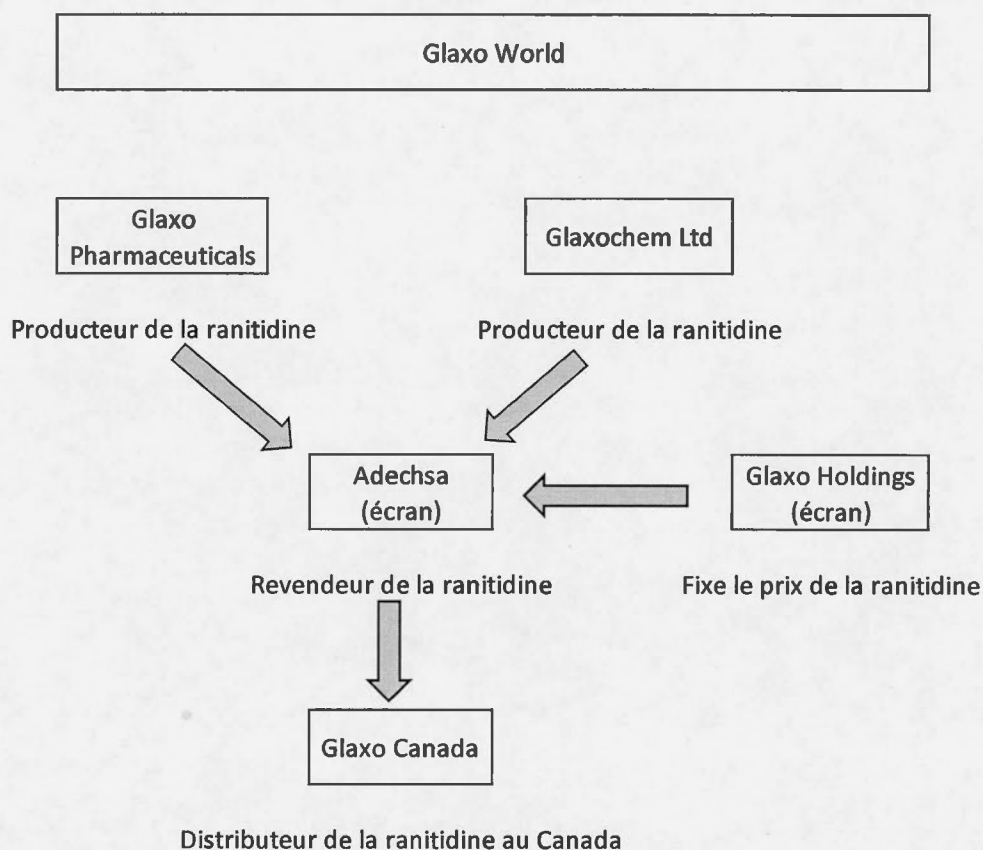
À l'origine de cette affaire, se retrouve la cause *GlaxoSmithKline Inc. c. La Reine* (2008), également déjà citée, entendue par la Cour canadienne de l'impôt. Dans le cours de ses affaires commerciales, GlaxoSmithKline Inc. (Glaxo Canada) devait se procurer la ranitidine auprès de la société Adechsa, située en Suisse. Le tribunal explique aux paragraphes 10 et 12 de son prononcé :

« Glaxo Canada est une filiale à cent pour cent de Glaxo Group, une société du Royaume-Uni, qui de son côté est une filiale à cent pour cent de Glaxo Holdings PLC, qui est également une société dont le siège est situé au Royaume-Uni. Glaxo Holdings dirigeait un groupe intégré multinational d'entités qui s'occupaient de la recherche, du développement, de la fabrication et de la distribution de produits pharmaceutiques à l'échelle mondiale. Les produits de Glaxo World[3] sont vendus par l'entremise de filiales et de distributeurs sans lien de dépendance sur des marchés locaux.

[...]

Deux sociétés de Glaxo World s'occupaient de la fabrication primaire de la ranitidine : Glaxo Pharmaceuticals (Pte) Limited[4], une société constituée et faisant affaire à Singapour, et Glaxochem Ltd., une société britannique située à Montrose, Royaume-Uni. Une fois achevé le processus de fabrication primaire, le fabricant vendait la ranitidine à un prix uniforme à l'une des deux sociétés de distribution de Glaxo World : Adechsa S.A., une société de Glaxo World basée en Suisse, et Glaxo Far East. Les sociétés de distribution vendaient ensuite l'IPA [l'ingrédient pharmaceutique actif] à des sociétés locales dans divers pays, à divers prix. Glaxo Holdings établissait le prix de l'IPA compte tenu du prix que la société locale pouvait s'attendre à obtenir pour les ventes de Zantac sur son marché local. Au cours de la période visée par l'appel, la ranitidine que l'appelante achetait était fabriquée à Singapour et vendue à l'appelante par Adechsa. »⁵⁸

⁵⁸ Nous omettons les renvois #3 et #4 présents à la citation qui n'ajoutent pas à l'exposé.

Figure 3.7 Glaxo Canada et Adechsa ⁵⁹

Comme l'illustre la figure, dans le cas Glaxo Canada, une première société écran, la société Adechsa, située en Suisse, joue un rôle d'intermédiaire entre les sociétés productrices de la ranitidine, Glaxo Pharmaceuticals et Glaxochem Ltd, et la société distributrice au Canada, Glaxo Canada. Cette façon d'organiser les activités commerciales de l'EMN rend plus complexe pour l'administration fiscale canadienne, la seule ayant juridiction sur Glaxo Canada, la compréhension du mode de production

⁵⁹ Cette schématisation de la jurisprudence est de nous.

de la ranitidine puisque la transaction contrôlée porte sur les achats de ranitidine de Glaxo Canada à la société Adechsa et non pas auprès des producteurs.

Une deuxième société écran, Glaxo Holdings détermine le prix de la ranitidine en estimant le prix que Glaxo Canada peut espérer obtenir pour ce produit sur son territoire. Il est dès lors reconnu à Glaxo Holdings, dans la transaction contrôlée, une expertise présumée relativement à la détermination des prix pour le marché canadien. Mais l'administration fiscale canadienne n'a, en réalité, aucun moyen d'accès à l'information pertinente sur la détermination des prix puisque la transaction contrôlée s'effectue uniquement entre la société Adechsa et Glaxo Canada. En effet, les éléments pertinents à l'établissement des prix circulent plutôt entre Glaxo Holdings et la société Adechsa, soit à l'extérieur de la juridiction de l'État canadien. L'EMN exerce de la sorte son pouvoir procédural de manière à compliquer considérablement la tâche de l'administration fiscale canadienne dans l'élaboration de sa preuve en matière de prix de transfert sur la transaction contrôlée.

D'un côté, la transaction portant sur l'achat de ranitidine est fortement dénaturée grâce à l'insertion de la société Adechsa et, d'un autre côté, le prix de vente de ce produit sur le marché canadien est déterminé sans le concours de Glaxo Canada. Cette affaire illustre une stratégie relativement simple à mettre en place du point de vue de l'EMN. Mais les effets sont dévastateurs sur l'administration fiscale canadienne qui peine actuellement à rencontrer les exigences requises au fardeau de la preuve relativement à la justification d'un avis de nouvelle cotisation. L'EMN exploite ainsi l'asymétrie de l'information aux deux niveaux simultanément : dans le cours de sa relation avec l'État et dans l'élimination, presque totale, de cette relation à l'aide des deux sociétés écran mises en place.

3.4.4 Les circonstances économiques

En plus de l'examen des caractéristiques du bien ou du service, de l'analyse fonctionnelle et de l'analyse des clauses contractuelle, lors de la comparaison d'une transaction contrôlée et d'une transaction de libre marché, les circonstances économiques dans lesquelles se fait la transaction contrôlée seront examinées. Il s'agit du quatrième facteur de comparabilité.

Dans un système capitaliste, l'économie est sujette à des fluctuations conjoncturelles de toutes sortes. Il est régulièrement fait référence dans l'actualité au cycle économique, aux périodes de croissance économique et aux périodes de ralentissement qui se succèdent. Alors qu'un produit pourra s'échanger à un prix plus élevé en temps de croissance, un ralentissement économique peut influencer à la baisse le prix du même produit. Le prix d'un bien peut également varier selon la quantité disponible qui sera elle-même tributaire de conditions exogènes telles que la saisonnalité, la disponibilité de la main-d'œuvre, le financement disponible, etc. Le paragraphe 1.55 des Principes de l'OCDE explique :

« Les prix de pleine concurrence peuvent varier selon les marchés, même pour des transactions portant sur un même bien ou service ; par conséquent, pour pouvoir faire des comparaisons, il faut que les marchés sur lesquels opèrent les entreprises associées et les entreprises indépendantes ne présentent pas de différences ayant un effet sensible sur les prix ou que des correctifs appropriés puissent être apportés). »

Les paragraphes 1.55, 1.56 et 1.57 identifient divers éléments pertinents à l'étude des circonstances économiques, incluant :

- la position dans le cycle économique;
- la taille du marché;
- la présence de concurrents;
- la position concurrentielle des acheteurs et des vendeurs;
- l'existence de biens de substitution ;
- le pouvoir d'achat des consommateurs;
- l'existence d'une réglementation;

- les coûts de production externes (coût du capital et de la main-d'œuvre); et
- les coûts de transport.

En ce qui a trait à notre cas fictif portant sur le marché des tomates, la détermination du prix de transfert, par exemple, de tomates biologiques produites par la société MEXCO devrait donc tenir compte de la taille du marché. Cela revient à dire, par exemple, que l'on ne pourrait pas utiliser le prix de tomates cultivées à l'aide de pesticides pour les comparer au prix de tomates biologiques puisque ces dernières se vendent sur un marché de taille considérablement plus petite que ces premières cultivées à l'aide de pesticides.⁶⁰

Ensuite, certains types de tomates font probablement face à davantage de concurrence sur le marché que d'autres. Par exemple, dans le marché canadien, marché que dessert la société CANCO, les tomates biologiques produites par MEXCO feront face aux producteurs canadiens locaux dont la production est peut-être plus ou moins artisanale, en tout cas certainement pas de nature industrielle ou à grande échelle, dans la plupart des cas. D'un autre côté, les tomates standards qui sont cultivées par MEXCO feront probablement face à une concurrence très féroce des grands producteurs de la Californie. Le type de concurrence et le genre de concurrents auxquels font face ces deux types de tomates de la société MEXCO auront donc des impacts sur leur prix de pleine concurrence.

Dans la même veine, les coûts de transport des tomates produites par la société MEXCO pourraient bien être plus élevés que ceux associés aux tomates produites par des producteurs locaux. Cette variable doit ainsi être quantifiée lors de la détermination du prix de transfert des types de tomates produits par MEXCO.

⁶⁰ En général, le marché des produits biologiques représente encore aujourd'hui une très faible proportion de l'ensemble des produits disponibles en épicerie. Une simple visite chez l'épicier du quartier suffira pour s'en convaincre.

On comprend qu'une analyse semblable serait nécessaire sur les divers éléments rattachés aux circonstances économiques qui ont un impact non négligeable sur la détermination du prix de transfert de chaque type de tomates cultivées par la société MEXCO. Ces caractéristiques propres à l'analyse des circonstances économiques entourant la transaction contrôlée ajoutent des difficultés supplémentaires avec lesquels devra composer l'État lors de sa vérification fiscale. En effet, ces éléments peuvent donner lieu à des opportunités d'utilisation de l'asymétrie de l'information inhérente à la fiscalité internationale par l'EMN dans la mesure où le contribuable est habituellement mieux positionné que l'État pour déterminer les éléments relatifs aux circonstances économiques qui ont un impact significatif sur la transaction contrôlée.

3.4.5 Les stratégies industrielles et commerciales

Enfin, en plus de l'examen des caractéristiques du bien ou du service, de l'analyse fonctionnelle, de l'analyse des clauses contractuelles et de l'examen des circonstances économiques entourant la transaction, lors de la comparaison d'une transaction contrôlée et d'une transaction de libre marché, les stratégies industrielles et commerciales seront considérées par l'EMN dans la détermination du prix de transfert de pleine concurrence. Il s'agit du cinquième et dernier facteur de comparabilité. Le paragraphe 1.59 des Principes de l'OCDE explique à ce sujet :

« Les stratégies des entreprises présentent de nombreux aspects, et portent notamment sur l'innovation et la mise au point de nouveaux produits, le degré de diversification, l'aversion pour le risque, la prise en compte des facteurs politiques, le rôle de la législation du travail en vigueur et des nouvelles dispositions envisagées dans ce domaine, la durée des accords, ainsi que sur tous les autres facteurs qui ont une incidence sur le fonctionnement quotidien des entreprises. Il peut être nécessaire de prendre en compte ces stratégies pour déterminer la comparabilité des transactions contrôlées et sur le marché libre ainsi que des entreprises elles-mêmes. »

Quelques stratégies commerciales sont des classiques en affaires. On pense, par exemple, à la stratégie de pénétration de marché dont l'objectif est de s'approprier

des parts de marché supplémentaires. Celle-ci peut se mettre en œuvre en vendant un produit à un prix correspondant au coût de production ou encore à l'aide d'investissements significatifs en publicité et développement de marché. Une autre stratégie, axée sur la restructuration des activités commerciales, peut aussi venir influencer la détermination du prix de transfert.⁶¹

Dans notre cas fictif, impliquant les sociétés CANCO et MEXCO, afin de développer de nouvelles parts de marché, par exemple dans le marché canadien des tomates-cerises biologiques, la société CANCO pourrait adopter une stratégie de pénétration de marché qui consisterait à vendre les tomates-cerises biologiques avec une faible marge de profit. Évidemment, une telle stratégie soulèverait la question de savoir si c'est la marge de profit du producteur MEXCO ou encore celle de la société CANCO qui devrait souffrir de cette stratégie. Les marges de profits des sociétés écran ou relais BERCO, TURCO, LICHCO 1, LICHCO 2 et VIERCO devraient peut-être aussi en souffrir, du moins en principe, puisqu'elles participent, de près ou de loin, à la transaction contrôlée primaire : la production et la vente de tomates.

En théorie, même en considérant l'ensemble des éléments du cas fictif, dont plusieurs ont pour motivation principale la diminution de la charge globale d'impôts à payer, il est probable que c'est la marge de profit de la société CANCO qui devrait soutenir le fardeau financier de cette stratégie de pénétration de marché, en termes de revenus moindres, puisque la société MEXCO agit exclusivement en tant que producteur, sans aucune influence sur la commercialisation des tomates-cerises biologiques sur le marché canadien. Dans la même veine, les autres entités de l'EMN n'ont guère d'influence sur la commercialisation de tomates au Canada.

En d'autres mots, dans notre exemple, la stratégie de pénétration de marché adoptée par la société CANCO ne devrait pas venir influencer à la baisse le prix de

⁶¹ Les paragraphes 1.60, 1.61 et 1.62 présentent sommairement la stratégie de pénétration de marché. Le chapitre 9 des Principes de l'OCDE analyse le cas des réorganisations d'entreprises qui sont habituellement la conséquence de modifications à la stratégie commerciale d'une EMN.

gros à payer à MEXCO pour les tomates-cerises biologiques. Les effets à la baisse devraient se ressentir uniquement sur le prix de détail des tomates et par conséquent sur la marge de profit de la société CANCO. Le prix de transfert de la transaction contrôlée sur les tomates-cerises biologiques à payer à la société MEXCO serait donc, en principe, le même avec ou sans cette stratégie de pénétration de marché, ceci que la société écran VIERCO soit présente ou non, à titre d'intermédiaire, dans la transaction contrôlée. Ainsi, dans cet exemple spécifique, l'objectif fiscal de la minimisation de la charge globale d'impôts à payer converge avec la réalité commerciale à laquelle fait face l'EMN. Aucune stratégie d'exercice du pouvoir procédural n'est requise de la part de l'EMN.

Mais supposons plutôt maintenant, que les lois du travail sont modifiées au Mexique et que la société MEXCO doit désormais doubler le salaire de ses ouvriers afin d'être conforme à cette nouvelle législation. Dans un tel cas, a priori, la marge de profit de la société MEXCO devrait en souffrir car il est peu probable que les prix des divers types de tomates puissent être augmentés compte tenu des produits concurrents disponibles. Cependant, selon la localisation factuelle de la responsabilité de l'ensemble des risques liés à la production de tomates par la société MEXCO, la marge bénéficiaire de MEXCO ne devrait pas nécessairement être pénalisée par l'augmentation des coûts de la main-d'œuvre.

Dans le cas où c'est la société écran BERCO qui supporte les risques d'entreprise relativement à la production de tomates, c'est cette entité qui devrait voir, en principe, sa marge bénéficiaire diminuer. C'est dire que l'impact sur la société MEXCO de la nouvelle législation dans la détermination du prix de transfert devrait être cohérent avec l'ensemble des faits et des circonstances entourant la transaction contrôlée; dans ce cas-ci, l'ensemble des transactions contrôlées pertinentes.⁶² Mais dans la réalité, il

⁶² Dans notre cas fictif, l'augmentation des coûts de la main-d'œuvre peut en fait se répercuter directement sur la transaction contrôlée entre les sociétés MEXCO et BERCO (location, assurance, etc.) et sur celle entre les sociétés MEXCO et VIERCO (vente de tomates).

est possible que l'EMN tente de faire transiter ce risque sur les états financiers d'une autre entité que BERCO, vers une entité où le taux d'imposition statutaire est plus élevé. L'asymétrie de l'information inhérente à la fiscalité internationale pourrait dès lors être exploitée, avec plus ou moins de succès, selon l'examen ou non de ces transactions contrôlées lors d'une éventuelle vérification par l'une ou l'autre des administrations fiscales concernées. L'EMN profite ainsi de nouveau de l'asymétrie de l'information aux deux niveaux simultanément : dans le cours de sa relation avec l'État et dans l'élimination partielle de cette relation grâce aux sociétés écran.

3.4.6 Conclusion

Ceci termine notre bref exposé sur les cinq facteurs de comparabilité pertinents à l'application du principe de pleine concurrence. Cette analyse des facteurs de comparabilité, que l'on nomme l'analyse de comparabilité, porte sur les faits et les circonstances de la transaction contrôlée. Cette démarche a pour finalité la détermination du prix de transfert de la transaction contrôlée. Nous avons d'abord défini ces cinq facteurs et illustré, tout au long de cette section, les diverses stratégies qui permettent à l'EMN d'exercer son pouvoir procédural relativement à ceux-ci. Suivant cette caractérisation de la transaction contrôlée à l'aide des cinq facteurs de comparabilité, l'EMN doit sélectionner la méthode de prix de transfert qu'elle juge la plus appropriée pour calculer le prix de transfert et ensuite, bien sûr, l'appliquer à la transaction contrôlée.⁶³

⁶³ Rappelons les trois balises générales sur lesquelles porte l'ensemble de notre exposé du principe de pleine concurrence :

- les facteurs de comparabilité que nous venons de présenter;
- la sélection d'une méthode de prix de transfert; et
- la recherche d'entités comparables.

3.5 Les méthodes de prix de transfert

Le chapitre 2 des Principes de l'OCDE présente les méthodes de prix de transfert reconnues par les pays membres pour la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée entre des sociétés par actions. Pour l'application de chacune de ces méthodes, divers éléments spécifiques doivent être considérés par l'EMN. Ces éléments sont également utilisés par une administration fiscale lors d'une vérification de prix de transfert. Rappelons que l'administration fiscale canadienne adhère aux méthodes de prix de transfert suggérées par les Principes de l'OCDE.⁶⁴

Cette section présente les méthodes de prix de transfert. Celles-ci contiennent plusieurs éléments constitutifs qui seront pertinents à la comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire. Elles offrent de plus à l'EMN de nouvelles opportunités d'utiliser les quatre séries de stratégies relatives à l'exercice du pouvoir procédural en fiscalité internationale, dans le cours de sa relation avec l'État et, lorsque pertinent, dans l'élimination partielle de cette relation.⁶⁵ Les méthodes de prix de transfert dévoilent de la sorte d'autres éléments utiles à la compréhension du comportement de l'EMN dans le système actuel de prix de transfert, des éléments pertinents à la comparaison avec la taxation unitaire.

Les Principes de l'OCDE reconnaissent cinq méthodes pour l'application du principe de pleine concurrence, afin de déterminer le prix de transfert d'une transaction contrôlée :

- les trois méthodes traditionnelles fondées sur les transactions :

⁶⁴ La partie 3 de la circulaire d'information *IC 87-2R Prix de transfert international* présente les cinq méthodes reconnues pour la détermination d'un prix de transfert à Canada en se référant directement aux Principes de l'OCDE.

⁶⁵ Pour le bénéfice du lecteur, réitérons de nouveau ces quatre séries de stratégies :

- l'exploitation de l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité;
- le transfert du fardeau de la preuve;
- l'utilisation de sociétés écran; et
- l'utilisation de sociétés relais.

- méthode du prix comparable sur le marché libre;
- méthode du prix de revente;
- méthode du coût majoré; et
- les deux méthodes transactionnelles de bénéfices :
 - méthode transactionnelle de la marge nette;
 - méthode transactionnelle du partage des bénéfices.⁶⁶

Pour une transaction contrôlée spécifique, chacune des méthodes de prix de transfert peut vraisemblablement être utilisée par l'EMN. Tel que l'énonce le paragraphe 2.2 des Principes de l'OCDE :

« La sélection d'une méthode de prix de transfert vise toujours à trouver la méthode la plus appropriée dans un cas spécifique. À cette fin, le processus de sélection doit tenir compte des forces et des faiblesses des méthodes reconnues par l'OCDE; de la cohérence de la méthode envisagée avec la nature de la transaction contrôlée examinée, déterminée notamment par une analyse fonctionnelle; de la disponibilité d'informations fiables (notamment sur des comparables indépendants) nécessaires pour appliquer la méthode sélectionnée et/ou d'autres méthodes; du degré de comparabilité des transactions contrôlées et des transactions indépendantes, y compris la fiabilité des ajustements de comparabilité pouvant être nécessaires pour éliminer les différences entre elles. »

On comprend donc, qu'à l'image des cinq facteurs de comparabilité, plusieurs éléments, plus ou moins significatifs selon le cas, pourront venir guider le choix par l'EMN d'une méthode plutôt qu'une autre. Néanmoins, pour l'EMN, il existe en fait trois types de méthodes de prix de transfert disponibles :

- la méthode du prix comparable sur le marché libre;
- les méthodes fondées sur une marge bénéficiaire; et
- les méthodes que l'on applique simultanément aux deux entités participant à une transaction contrôlée.

⁶⁶ Principes de l'OCDE, paragraphe 2.1.

C'est donc à partir de cette dernière catégorisation que nous allons maintenant faire l'analyse des méthodes de détermination d'un prix de transfert.⁶⁷

3.5.1 La méthode du prix comparable sur le marché libre

Comme l'explique le paragraphe 2.13 des Principes de l'OCDE, « la méthode du prix comparable sur le marché libre consiste à comparer le prix d'un bien ou d'un service transféré dans le cadre d'une transaction contrôlée à celui d'un bien ou d'un service transféré dans des conditions comparables. » L'expression « conditions comparables » fait directement référence aux éléments spécifiques des cinq facteurs de comparabilité qui sont applicables à la transaction contrôlée. La méthode du prix comparable sur le marché libre est considérée comme la meilleure méthode de détermination d'un prix de transfert.⁶⁸

Prenons un exemple à partir de notre cas fictif pour comprendre l'application de cette méthode. Lors d'une transaction contrôlée où la société MEXCO vendrait 20 tonnes de tomates-cerises biologiques à CANCO (par le biais de VIERCO) en septembre 2013, une transaction comparable sur un libre marché, un marché de pleine concurrence, devrait notamment inclure les éléments suivants :

- une transaction sur des tomates-cerises;
- une transaction sur des tomates biologiques;
- une transaction dans la même période de l'année, idéalement de la même année (haute saison des tomates au Canada);
- une transaction sur un volume d'un tonnage semblable; et
- une transaction où les coûts de transport sont semblables.

⁶⁷ C'est en tant que praticien que nous faisons cette catégorisation en trois types de méthodes. Cette distinction entre les cinq méthodes de l'OCDE et la présentation en trois catégories qui suit ne doit pas être perçue comme une complication. Au contraire, elle viendra simplifier la compréhension de l'application d'une méthode de prix de transfert à une transaction contrôlée et la suite de notre exposé.

⁶⁸ Le paragraphe 2.14 énonce : « Lorsqu'il est possible d'identifier des transactions comparables sur le marché libre, la méthode du prix comparable sur le marché libre constitue le moyen le plus direct et le plus fiable pour mettre en œuvre le principe de pleine concurrence. En conséquence, cette méthode doit être dans ce cas préférée à toute autre. »

Ce sont donc principalement les caractéristiques du produit, les circonstances économiques et les stratégies commerciales qui interviennent à titre de facteurs de comparabilité pour cette transaction.⁶⁹ Il est possible que certaines transactions effectuées sur un marché de pleine concurrence ne respectent pas en tout point les éléments de comparabilité identifiés sur les tomates. Dans de tels cas, les Principes de l'OCDE prévoient que des « ajustements » pourront être envisagés afin de rendre la transaction de libre marché davantage comparable à la transaction contrôlée. Ces ajustements font de nouveau référence aux éléments spécifiques des cinq facteurs de comparabilité qui seraient applicables à la transaction contrôlée.⁷⁰

Dans notre exemple, un ajustement monétaire sur le prix des tomates pourrait porter sur les coûts de transport afin de tenir compte d'une distance parcourue supérieure ou inférieure par des cargaisons de tomates relativement à des transactions sur des produits comparables. Ce type d'ajustement, si les coûts de transport de la transaction de libre marché sont disponibles, est plutôt simple. Un autre ajustement possible, mais peut-être moins fiable, pourrait concerner le tonnage afin de quantifier un escompte de prix. Ce type d'ajustement peut nuire davantage à la fiabilité du prix de transfert obtenu dans la mesure où d'autres données financières seront requises afin de quantifier cet ajustement.⁷¹

Supposons maintenant, dans le cadre de notre cas fictif portant sur 20 tonnes de tomates-cerises biologiques, qu'une transaction comparable sur le libre marché, un marché de pleine concurrence, est identifiée dans laquelle les tomates-cerises biologiques se vendent à 2 \$ le kilo. Si l'on fait abstraction de la société écran VIERCO, afin de simplifier l'explication, la société CANCO doit passer une charge

⁶⁹ Mais notons que l'analyse fonctionnelle et les clauses contractuelles ne seraient pas forcément ignorées pour autant.

⁷⁰ Voir le paragraphe 2.16 des Principes de l'OCDE à ce sujet.

⁷¹ On se rappellera à ce sujet de la cause *J. Hofert Limited v. Minister of National Revenue*, déjà citée, où c'est précisément la présence d'un escompte de pleine concurrence sur l'achat de davantage de sapins de Noël par la maison-mère américaine qui était source d'une interprétation fiscale erronée par l'État.

(un coût) de 40 000 \$ ($2 \$ \times 1000 \text{ kg} \times 20 \text{ tonnes} = 40\,000 \$$) à ses états financiers puisqu'elle achète ces tomates. La société MEXCO passera alors un produit (revenu) de 40 000 \$ à ses états financiers, produit de la vente des tomates. D'un point de vue fiscal, il en résulte que la société MEXCO sera évidemment imposée au Mexique sur ce revenu de 40 000 \$ provenant de la vente contrôlée de tomates à CANCO. Quant à la société CANCO, son profit imposable au Canada se trouvera réduit de 40 000 \$, toutes choses étant égales par ailleurs.

À ce stade, il importe cependant de noter que le paragraphe 3.55 des Principes de l'OCDE précise que la détermination d'un prix de transfert n'est pas une « science exacte ». Il est donc possible, même probable, qu'un intervalle composé de plusieurs prix de libre marché représente en fait une situation respectant le principe de pleine concurrence :

« [...] très souvent, comme la fixation des prix de transfert n'est pas une science exacte, l'application de la méthode ou des méthodes les plus appropriées débouchera sur un intervalle de chiffres tous relativement aussi fiables. Dans ce cas, les différences entre les chiffres compris dans cet intervalle peuvent être dues au fait qu'en général l'application du principe de pleine concurrence ne permet d'obtenir qu'une approximation des conditions qui seraient établies entre des entreprises indépendantes. Il est également possible que les différents points de l'intervalle résultent de ce que des entreprises indépendantes effectuant des transactions comparables dans des circonstances comparables ne pratiqueraient pas exactement le même prix pour la transaction en question. »⁷²

Ainsi, dans le cas où une autre transaction comparable sur le libre marché aurait permis de déterminer un prix de 3 \$ le kilo, c'est plutôt une charge de 60 000 \$ que la société CANCO passerait à ses livres comptables tandis que MEXCO inscrirait un

⁷² Intuitivement, cela va de soi. En ce qui a trait aux prix de détail (les prix aux consommateurs), tous les produits disponibles au Québec et au Canada montrent des variations d'une chaîne commerciale à une autre. En effet, qui pourrait prétendre n'avoir jamais, au moins une fois dans sa vie, « magasiné » les prix avant d'effectuer un achat. Cette situation est la même pour les prix de gros (les prix entre les fournisseurs).

produit de 60 000 \$, imposable au Mexique.⁷³ Dans l'éventualité où le taux d'imposition statutaire du profit d'entreprise est moindre au Mexique, comparativement au Canada, il est vraisemblable que l'EMN opte pour ce prix de pleine concurrence de 3 \$ le kilo au lieu de celui de 2 \$ le kilo. En d'autres mots, on fait alors face à une situation de planification fiscale implicite au fonctionnement du principe de pleine concurrence. Elle n'est pas conséquente au pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale.

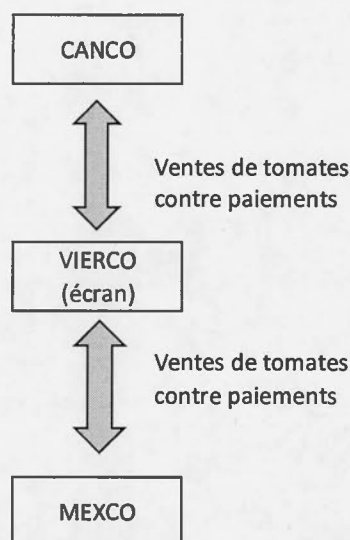
Ces quelques exemples d'application de la méthode du prix comparable de libre marché illustrent les impacts de certains de ses éléments constitutifs. D'apparence assez simple, la méthode du prix de comparable de libre marché offre pourtant des opportunités d'influence significative du prix de pleine concurrence par l'EMN. L'exercice du pouvoir procédural provient de la possibilité ou non d'exploiter la présence de l'asymétrie de l'information ou encore de faire intervenir une société écran, de façon directe ou indirecte, dans la transaction contrôlée.

Dans notre cas fictif, la création des sociétés écran BERCO, VIERCO et TURCO a pour effet de venir modifier la répartition du profit de l'EMN. Mais elle bouleverse également la détermination du prix de transfert de l'EMN relativement aux transactions contrôlées portant sur les tomates. En effet, alors qu'à l'origine il s'agissait de déterminer le prix de transfert d'une transaction sur une sorte précise de tomates vendues par la société MEXCO à CANCO, l'EMN doit dorénavant déterminer le prix de transfert de tomates vendues par la société MEXCO à VIERCO et ensuite vendues par la société VIERCO à CANCO. L'utilisation de la société écran VIERCO crée une distorsion, potentiellement significative, dans le calcul du prix de pleine concurrence des tomates vendues puisqu'une partie de la marge bénéficiaire

⁷³ Pour le moment, nous continuons d'ignorer la présence de VIERCO afin de simplifier l'exposé.

qui devait initialement revenir à la société MEXCO est peut-être transférée vers la société écran VIERCO.⁷⁴

Figure 3.8 Impact direct sur le prix comparable de libre marché

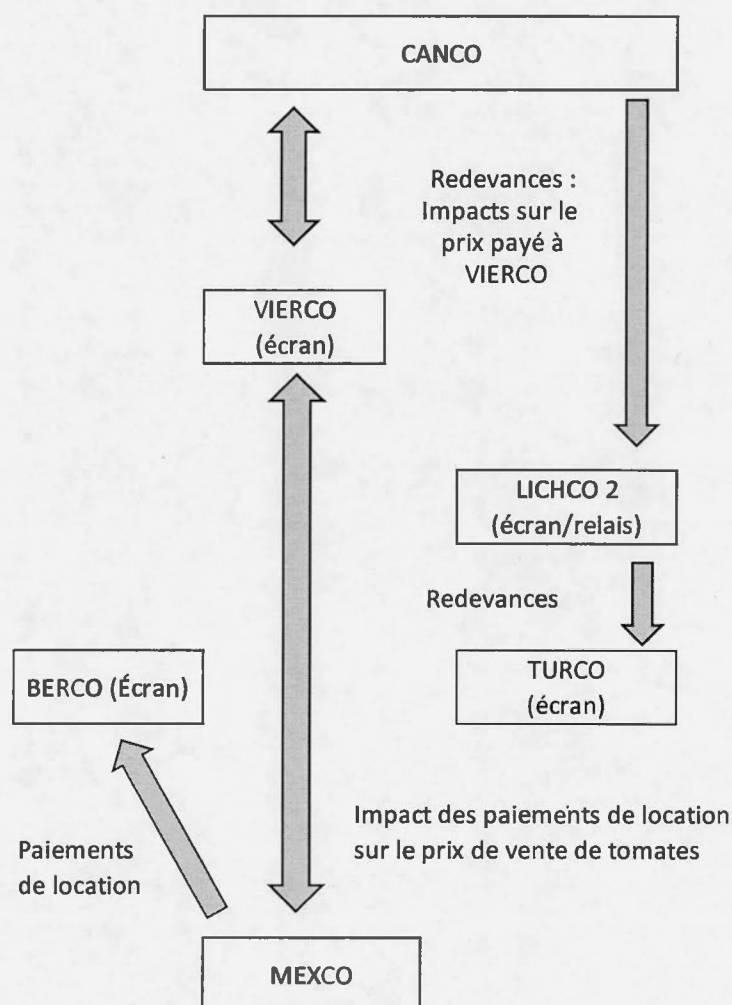


De plus, les nouvelles transactions contrôlées que génère la création des sociétés écran BERCO et TURCO auront un impact sur cette détermination du prix comparable de libre marché lors de la vente de tomates. De fait, d'un côté, les coûts engagés par la société MEXCO pour la location d'équipement auprès de la société écran BERCO auront un impact direct sur le prix comparable de libre marché de MEXCO lors de la vente de tomates à VIERCO et un impact indirect sur le prix de revente de la société VIERCO à CANCO. Ces impacts directs et indirects s'expliquent par le fait que ces coûts de location font partie intégrante des coûts de production de tomates de la société MEXCO.

⁷⁴ Ou encore, option alternative, il est possible que la marge bénéficiaire combinée qui sera engrangée par les sociétés MEXCO et VIERCO excède la marge bénéficiaire qu'aurait obtenue MEXCO en l'absence de la société écran VIERCO. Tout dépendra des taux d'imposition statutaires dans les différents États et de la capacité de l'EMN à utiliser l'asymétrie de l'information avec succès puisqu'il ne faut pas oublier que ces transactions contrôlées sont susceptibles d'être assujetties à des vérifications par les administrations fiscales concernées.

D'un autre côté, les redevances qu'acquitte maintenant la société CANCO à la société écran TURCO, par le biais de la société écran/relais LICHCO 2, auront un impact indirect sur le prix de pleine concurrence que cette première consentirait à payer à la société VIERCO lors de l'achat de tomates. Il en est ainsi dans la mesure où la société CANCO ne pourrait généralement pas accepter, dans une situation de pleine concurrence, de se procurer des tomates à un prix qui ne lui permettrait pas de dégager une marge bénéficiaire, compte tenu des redevances à payer à la société TURCO, par le biais de la société LICHCO 2.

Figure 3.9 Impacts indirects sur le prix comparable de libre marché



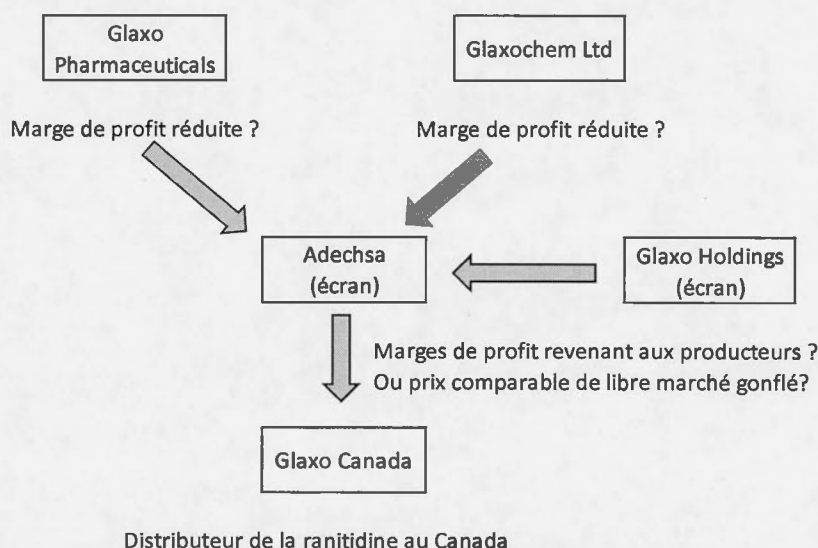
Du point de vue de l'État, comme nous l'avons déjà expliqué dans notre présentation des facteurs de comparabilité, les sociétés écran ont pour effet d'alourdir la tâche de l'administration fiscale lors d'une vérification éventuelle de la principale transaction contrôlée de CANCO, l'achat de tomates. Elles rendent beaucoup difficile d'accès l'information qu'internalise l'EMN. La détermination d'un prix comparable de libre marché est de plus complexifiée compte tenu des distorsions que provoque la présence des transactions contrôlées créées « artificiellement » par l'EMN.

L'exercice par l'EMN du pouvoir procédural à sa disposition se fait donc avec succès. D'une part, l'EMN introduit dans sa relation avec l'État une pluralité de nouveaux éléments d'asymétrie de l'information dans ses affaires commerciales, éléments sur lesquels elle sera mieux placée que l'État pour en déterminer et quantifier les impacts directs et indirects sur le prix comparable de libre marché. D'autre part, de façon simultanée, l'EMN extrait de la juridiction de l'État canadien une portion de l'information originalement disponible relativement à la production de tomates puisque la transaction contrôlée principale, du point de vue de la société CANCO, porte désormais uniquement sur l'achat de tomates à la société VIERCO. Pour l'État, l'ensemble de ces manœuvres de l'EMN augmente significativement le degré de difficulté de l'élaboration de la preuve nécessaire à l'établissement éventuel de tout avis de nouvelle cotisation.

Dans la jurisprudence canadienne, la cause *GlaxoSmithKline Inc. c. La Reine* (2008), déjà citée, illustre également ces phénomènes d'impacts directs et indirects de sociétés écran sur la détermination d'un prix comparable de libre marché. Dans cette cause, le contribuable exploite vraisemblablement l'asymétrie de l'information pour justifier des prix extrêmement variables sur la ranitidine vendue à ses distributeurs à

travers le monde, comparativement aux prix de libres marchés disponibles.⁷⁵ Il est possible que l'utilisation des sociétés écran Adechsa et Glaxo Holdings permette de créer une série de distorsions dans le calcul du prix de pleine concurrence de la ranitidine puisqu'une partie de la marge bénéficiaire qui devait initialement revenir aux producteurs est vraisemblablement transférée vers ces deux sociétés écran.⁷⁶

Figure 3.10 Distorsions du prix comparable de libre marché



Pour l'État, l'ensemble des manœuvres effectuées par Glaxo augmente assurément le degré de difficulté de la vérification de prix de transfert, en plus de l'élaboration de la preuve nécessaire à l'établissement éventuel de tout avis de nouvelle cotisation.

⁷⁵ Par exemple, pour l'année d'imposition 1990, Glaxo Canada verse un prix de 1 512 \$ le kilo à la société Adechsa, comparativement à des prix variant de 292 \$ à 304 \$ dans le cas de fabricants de produits génériques à des fournisseurs de pleine concurrence. Les écarts sont semblables ou plus significatifs pour les années d'imposition 1991, 1992 et 1993 (*GlaxoSmithKline Inc. c. La Reine* (2008), *op. cit.*, paragraphes 5 et 6).

⁷⁶ Ou encore, tel que suggéré plus haut, il est possible que la marge bénéficiaire combinée qui sera engrangée par les producteurs et les sociétés écran excède le total des marges bénéficiaires qu'auraient obtenu les producteurs en l'absence des sociétés écran. Évidemment, soulignons que ces affirmations demeurent, à ce stade, hautement spéculatives dans la mesure où la Cour canadienne de l'impôt sera appelée à se prononcer de nouveau sur cette question, une question connexe à celle de la détermination du prix comparable de libre marché de la ranitidine.

3.5.2 Les méthodes fondées sur une marge bénéficiaire

En l'absence d'un prix comparable de marché libre, l'EMN doit explorer d'autres avenues afin de déterminer le prix de transfert d'une transaction contrôlée. Ces méthodes alternatives offrent également diverses opportunités d'exercice du pouvoir procédural à l'EMN. On entend par « méthodes fondées sur une marge bénéficiaire », les méthodes de prix de transfert qui auront pour effet de déterminer une marge bénéficiaire (un profit) imposable pour une entité plutôt qu'un prix spécifique de pleine concurrence à associer à un bien ou à un service comme le permettait la méthode du prix comparable de marché libre. Dans le cas d'une société par actions, la marge bénéficiaire sera calculée à ce que l'on nomme en comptabilité « l'état du résultat net ».

Avant de poursuivre notre exposé, un bref détour comptable est nécessaire afin de comprendre, dans les grandes lignes, ce qu'est l'état du résultat net d'une société par actions. Les états financiers d'une société par actions incluent toujours un état du résultat net dans lequel est calculé le profit de l'entreprise. L'état du résultat net se présente habituellement de la façon suivante.⁷⁷

Tableau 3.2 État du résultat net

Produits (revenus)	AA
Coûts des ventes	(BB)
Marge brute [par calcul : AA – BB]	CC
Coûts d'exploitation (ventes, généraux et administratifs)	(DD)
Marge nette (avant impôt) [par calcul : CC – DD]	EE

⁷⁷ Pour plus de détails, on pourra se référer au *Manuel de l'ICCA*, édition 2014, spécifiquement à la norme comptable *IAS 1 Présentation des états financiers*, paragraphes 81-104. Toutes les normes IFRS et IAS, sur lesquelles nous reviendrons plus loin, sont reproduites au *Manuel de l'ICCA*.

Dans l'état du résultat net, sous sa forme générique, on remarque qu'il y a deux types d'écritures comptables relatives aux dépenses de l'entreprise. Un premier type d'écritures concerne le « coût des ventes », un deuxième les « coûts d'exploitation ». Afin de distinguer ces deux types de coûts, le producteur de tomates MEXCO nous sera utile.

La société MEXCO produit et vend différentes sortes de tomates. Le coût des ventes de MEXCO représente ainsi les coûts associés à la production de tomates. Cela inclut les salaires et les bénéfices versés aux employés, en plus des coûts des semences, de l'engrais, des équipements nécessaires à la culture, de l'arrosage, de la protection, de la récolte, de l'emballage et de l'entreposage de tomates. Cela inclut également les coûts de location versés à la société écran BERCO.

Quant aux coûts d'exploitation, ce sont les coûts engagés par la société MEXCO pour conclure des ventes avec la société écran VIERCO, expédier ses tomates, gérer ses employés, tenir ses livres comptables, produire ses déclarations de revenus mexicaines et tous autres types de coûts d'une nature générale ou administrative.⁷⁸

Revenons maintenant à notre exposé sur les méthodes de prix de transfert. Les Principes de l'OCDE reconnaissent trois méthodes fondées sur une marge bénéficiaire. Ce sont :

- la méthode du prix de revente;
- la méthode du coût majoré; et
- la méthode transactionnelle de la marge nette.

La méthode du prix de revente et la méthode du coût majoré consistent toutes deux à déterminer la « marge bénéficiaire brute » de l'entité à laquelle elles s'appliquent (le calcul « CC » au tableau 3.2). Quant à la méthode transactionnelle de la marge nette, elle a pour objectif de déterminer la « marge bénéficiaire nette », donc celle qui sera imposable, de l'entité à laquelle on l'applique (le calcul « EE » au

⁷⁸ La science comptable n'étant pas une science pure, il est possible que la classification des coûts puisse varier d'une entreprise à l'autre.

tableau 3.2). Quelques explications sommaires, tirées des Principes de l'OCDE, seront utiles à la compréhension de ces trois méthodes fondées sur une marge bénéficiaire, explications desquelles nous pourrions illustrer les principales opportunités d'exercice du pouvoir procédural par l'EMN.

Pour ce qui est de la méthode du prix de revente, le paragraphe 2.21 des Principes de l'OCDE explique :

« [...] le point de départ est le prix auquel un produit acheté à une entreprise associée est revendu à une entreprise indépendante. On défalque ensuite de ce prix (le prix de revente) une marge brute appropriée (la « marge sur prix de revente ») représentant le montant sur lequel le revendeur couvrirait ses frais de vente et autres dépenses d'exploitation et, à la lumière des fonctions assumées (en tenant compte des actifs utilisés et des risques encourus), réaliserait un bénéfice convenable. Le prix obtenu après défalcation de la marge brute peut être considéré, après correction des autres coûts liés à l'achat du produit (par exemple, les droits de douane), comme un prix de pleine concurrence pour le transfert initial de propriété entre entreprises associées. »

Deux observations sont pertinentes. D'une part, les expressions « marge brute appropriée » et « bénéfice convenable » font référence à une marge bénéficiaire brute qui sera calculée à l'aide d'une marge brute comparable obtenue par une entité comparable œuvrant sur un marché libre, donc de pleine concurrence. D'autre part, le lecteur aura sans doute noté que la marge brute appropriée sera telle qu'elle reflètera les « fonctions assumées (en tenant compte des actifs utilisés et des risques encourus) ». Le paragraphe 2.24 des Principes de l'OCDE précise :

« Dans une économie de marché, la rémunération de l'exécution de fonctions analogues tend à se rapprocher entre les différentes activités. En revanche, les prix de produits différents ne tendent à se rapprocher que dans la mesure où ces produits peuvent se substituer les uns aux autres. Étant donné que la marge brute bénéficiaire représente une rémunération brute, après prise en compte du coût de la vente dans le cadre des fonctions exercées (en tenant compte des actifs utilisés et des risques encourus), les différences de produits sont moins importantes. À titre d'exemple, l'observation des faits semble indiquer qu'une entreprise de distribution exerce les mêmes fonctions (en tenant compte des actifs utilisés et

des risques encourus) en vendant des grille-pain qu'en vendant des mixeurs. Par conséquent, en économie de marché, le niveau de rémunération devrait être similaire pour ces deux activités. »

C'est dire qu'identifier une marge bénéficiaire brute de pleine concurrence engage principalement l'analyse fonctionnelle, l'un des cinq facteurs de comparabilité.⁷⁹ Dans la pratique, l'EMN devra notamment comparer les fonctions et les risques de la société par actions participant à la transaction contrôlée à ceux de l'entité potentiellement comparable qui œuvre sur un marché libre, un marché de pleine concurrence. Lorsque ces fonctions et ces risques sont effectivement comparables, la marge bénéficiaire brute de l'entité, dès lors comparable, sera réputée être une marge brute de pleine concurrence, une marge brute applicable à la société par actions participant à la transaction contrôlée.⁸⁰

En ce qui a trait spécifiquement à la méthode du coût majoré, le paragraphe 2.39 des Principes de l'OCDE explique :

« Cette méthode consiste tout d'abord à déterminer, pour les biens (ou services) transférés à un acheteur associé, les coûts supportés par le fournisseur dans le cadre d'une transaction entre entreprises associées. On ajoute ensuite une marge appropriée à ces coûts, de façon à obtenir un bénéfice approprié compte tenu des fonctions exercées et des conditions du marché. »

Tout comme la méthode du prix de revente, c'est l'analyse fonctionnelle qui est le principal facteur de comparabilité à considérer. De plus, il s'agit encore une fois de déterminer une « marge appropriée », une marge bénéficiaire brute qui sera une marge de pleine concurrence. Un processus en tout point identique à celui décrit pour la méthode du prix de revente sera donc suivi par l'EMN et, le cas échéant, par l'administration fiscale lors d'une vérification de prix de transfert.

⁷⁹ Le paragraphe 2.26 des Principes de l'OCDE est explicite à cet effet.

⁸⁰ Lors d'une vérification de prix de transfert, l'administration fiscale ferait une démarche semblable. Nous verrons quelques exemples concrets d'application sous peu.

Alors que les méthodes du prix de revente et du coût majoré permettaient d'identifier une marge brute de profit, la méthode transactionnelle de la marge nette consiste à déterminer une marge nette de profit. Le paragraphe 2.58 des Principes de l'OCDE explique :

« La méthode transactionnelle de la marge nette consiste à déterminer, à partir d'une base appropriée (par exemple les coûts, les ventes ou les actifs), le bénéfice net que réalise un contribuable au titre d'une transaction contrôlée [...]. Par conséquent, cette méthode s'applique de manière similaire à la méthode du coût majoré et à la méthode du prix de revente. »

C'est donc, une fois de plus, l'analyse fonctionnelle qui sera le facteur de comparabilité le plus significatif lors de la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée à l'aide de cette méthode. Un processus identique à celui observé pour la méthode du prix de revente et la méthode du coût majoré sera effectué par l'EMN et, le cas échéant, par l'administration fiscale lors d'une vérification de prix de transfert. Mais ce processus mènera à la détermination d'une marge bénéficiaire nette au lieu de brute.

Ces quelques assises méthodologiques d'utilisation des trois méthodes fondées sur une marge bénéficiaire maintenant présentées, observons comment elles sont mises en action par l'EMN, ce qui nous amènera de la sorte à examiner les principales opportunités d'exercice du pouvoir procédural qui y sont associées.

Dans le cas fictif qui nous intéresse, la société MEXCO produit et vend ses récoltes de tomates à CANCO par l'intermédiaire de la société écran VIERCO. En faisant abstraction de VIERCO, lors de l'examen de l'analyse fonctionnelle présentée plus haut, il a été déterminé que la société MEXCO investit, à toutes fins pratiques, 100 % de ses efforts dans la production de tomates. La société CANCO s'occupe de la commercialisation des divers types de tomates en plus des fonctions de R&D, des fonctions stratégiques, administratives et corporatives de l'EMN.

Il serait possible, a priori, d'appliquer chacune des trois méthodes de prix de transfert fondées sur une marge bénéficiaire soit relativement à la détermination de la marge bénéficiaire de la société MEXCO, soit à celle de la société CANCO. Notons qu'il n'est pas pertinent d'appliquer l'une ou l'autre de ces trois méthodes aux deux sociétés par actions à la fois puisque la détermination de la marge bénéficiaire d'une des entités a un impact direct sur l'autre par le biais de la transaction contrôlée qui les réunit. Ceci dit, le paragraphe 3.18 des Principes de l'OCDE suggère cependant :

« Lorsqu'on applique une méthode du coût majoré, du prix de revente ou la méthode transactionnelle de la marge nette [...] [le] choix de la partie testée doit être compatible avec l'analyse fonctionnelle de la transaction. En règle générale, la partie testée est celle à qui une méthode de prix de transfert peut être appliquée de la manière la plus fiable et pour laquelle les comparables les plus fiables peuvent être trouvés ; ce sera le plus souvent celle dont l'analyse fonctionnelle est la moins complexe. »

Par conséquent, chacune des trois méthodes devrait trouver application pour la détermination de la marge bénéficiaire de la société MEXCO puisqu'il s'agit, dans notre exemple, de l'entité « dont l'analyse fonctionnelle est la moins complexe ». La société MEXCO est en effet un « simple » producteur de tomates tandis que la société CANCO effectue une myriade de fonctions plus « complexes » incluant la R&D de l'EMN. La société MEXCO est donc l'entité qui sera utilisée. La démarche spécifique consiste à déterminer la marge de profit de pleine concurrence de la société MEXCO relativement à la vente de tomates.⁸¹

Nous savons déjà que la société MEXCO vend l'ensemble de ces récoltes de tomates à la société CANCO. Le montant des ventes de pleine concurrence de la société MEXCO est par conséquent ce à quoi la détermination du prix de transfert de

⁸¹ Rappelons que nous faisons abstraction de la société VIERCO pour le moment. Dans cet exemple, réitérons qu'en déterminant une marge bénéficiaire de pleine concurrence pour la société MEXCO sur la vente de sa production de tomates à CANCO, les prix payés par la société CANCO sont des prix de pleine concurrence.

pleine concurrence nous amènera. En effet, [ventes – coûts = profit]; il s'ensuit donc que [coûts + profit = ventes]. Supposons maintenant, aux fins d'illustration, que la société MEXCO engage des coûts des ventes totalisant un montant de 100 millions de dollars canadiens (100 M\$), chaque année, pour mener à bien sa production de tomates, et des coûts d'exploitation de 1 million (1 M\$) de dollars canadiens, également chaque année.⁸²

Tableau 3.3 État du résultat net partiel de MEXCO

Produits (revenus contrôlés)	AA
Coûts des ventes	(100 M\$)
Marge brute [par calcul : AA – 100 M\$]	BB
Coûts d'exploitation (ventes, généraux et administratifs)	(1 M\$)
Marge nette (avant impôt) [par calcul : BB – 1 M\$]	CC

Supposons également qu'une recherche d'entités comparables, des entités ayant des fonctions et des risques comparables à la société MEXCO, a permis à l'EMN d'identifier un producteur de concombres, la société AGRICO, dont les fonctions et les risques s'apparentent effectivement à ceux de la société MEXCO. Présumons de plus que la société AGRICO a une marge bénéficiaire brute, de libre marché, de 9 % et une marge bénéficiaire nette, également de libre marché, de 6,93 %.⁸³

⁸² Évidemment, la société MEXCO engagerait ces coûts en pesos; nous simplifions la présentation financière aux fins de notre exposé.

⁸³ Ces hypothèses ont pour objectif de simplifier notre présentation, d'exposer de la manière la plus simple possible les stratégies disponibles à l'EMN dans le cadre de l'exercice de son pouvoir procédural. Nous reviendrons brièvement sur les tenants et aboutissants de la recherche d'entités comparables dans la prochaine section. Pour le moment, rappelons le fondement pratique de cette recherche d'entités comparables pour quantifier la marge bénéficiaire de pleine concurrence : « [...] Dans une économie de marché, la rémunération de l'exécution de fonctions analogues tend à se

Par simple application des méthodes de prix de transfert au calcul d'une marge bénéficiaire, brute ou nette, pour la société MEXCO, il s'agirait donc de déterminer :

- soit une marge bénéficiaire brute en appliquant une majoration au total du coût des ventes de 100 M\$ engagé par MEXCO;
- soit une marge bénéficiaire nette en appliquant une majoration au total de tous les coûts engagés par MEXCO (100 M\$ + 1 M\$).⁸⁴

Ainsi, en utilisant la méthode du coût majoré, on obtient, à l'aide de la marge brute de libre marché de la société AGRICO de 9 %, les montants suivants que le lecteur est invité à ne pas tenter de reproduire à ce stade de l'exposé.

Tableau 3.4 État du résultat net de MEXCO, Méthode du coût majoré

Produits (revenus contrôlés) [100 M\$ + 9 M\$]	109 M\$
Coûts des ventes	(100 M\$)
Marge brute [9 % x 100 M\$]	9 M\$
Coûts d'exploitation (ventes, généraux et administratifs)	(1 M\$)
Marge nette (avant impôt) [9 M\$ - 1 M\$]	8 M\$

Si on utilisait plutôt la méthode transactionnelle de la marge nette, on obtiendrait, à l'aide de la marge nette de libre marché de la société AGRICO de 6,93 %, les

rapprocher entre les différentes activités. [...] À titre d'exemple, l'observation des faits semble indiquer qu'une entreprise de distribution exerce les mêmes fonctions (en tenant compte des actifs utilisés et des risques encourus) en vendant des grille-pain qu'en vendant des mixeurs. Par conséquent, en économie de marché, le niveau de rémunération devrait être similaire pour ces deux activités. » (Principes de l'OCDE, paragraphe 2.24).

⁸⁴ La méthode du prix de revente ne trouve pas application dans notre exemple puisque le montant des ventes, qui en est le point de départ, est la variable inconnue. En effet, rappelons que [ventes - coûts = profit]; il s'ensuit donc que [coûts + profit = ventes].

montants suivants que le lecteur est, de nouveau, invité à ne pas tenter de reproduire à ce stade de l'exposé.

Tableau 3.5 État du résultat net de MEXCO, Méthode transactionnelle de la marge nette

Produits (revenus contrôlés) [101 M\$ + 7 M\$]	108 M\$
Coûts des ventes	(100 M\$)
Marge brute [7 M\$ + 1 M\$]	8 M\$
Coûts d'exploitation (ventes, généraux et administratifs)	(1 M\$)
Marge nette (avant impôt) [6,93 % x 101 M\$]	7 M\$

Au-delà des calculs comptables, cet exemple met en lumière que l'EMN pourra choisir d'utiliser une méthode de prix de transfert au lieu d'une autre dans la détermination du montant total à verser par CANCO à la société MEXCO, pour la vente de ses récoltes de tomates, tout en respectant le principe de pleine concurrence.⁸⁵ À l'image du constat que nous avons fait lors de l'application de la méthode du prix comparable de libre marché, à taux d'imposition statutaire plus faible au Mexique, l'EMN aurait définitivement avantage à utiliser la méthode du coût majoré puisque celle-ci permet d'augmenter le profit imposable de MEXCO à

⁸⁵ Pour le lecteur dont l'inclinaison est davantage mathématique, les calculs présentés à ces deux tableaux s'expliquent comme suit. Dans l'application des deux méthodes de prix de transfert, le produit (ventes contrôlées) de MEXCO s'obtient en additionnant deux montants précis : le montant de coûts utilisés dans le calcul et la marge bénéficiaire calculé sur ce coût (c'est-à-dire, le montant de la majoration). C'est ainsi que pour la méthode du coût majoré, on obtient un montant de ventes contrôlées de 109 M\$ (100 M\$ de coûts utilisés dans la méthode + 9 % de majoration) alors que pour la méthode transactionnelle de la marge nette, on obtient un montant de ventes contrôlées de 108 M\$ (101 M\$ de coûts utilisés dans la méthode + 6,93 % de majoration).

8 M\$ comparativement à 7 M\$ à l'aide de la méthode transactionnelle de la marge nette (voir les tableaux 3.4 et 3.5).

Pour quantifier la marge de profit d'une société par actions participant à une transaction contrôlée, les méthodes fondées sur une marge bénéficiaire offrent donc, selon les entités comparables utilisées et les résultats financiers de celles-ci, des opportunités de planifications fiscales de par leurs simples applications comptables. Dans ce contexte, ces méthodes exposent des opportunités qui sont inhérentes au principe de pleine concurrence, des possibilités qui ne requièrent pas le recours au pouvoir procédural de l'EMN.

L'exemple présenté montre que ces opportunités demeurent relativement modestes en termes de quantum. Qu'en serait-il si l'EMN faisait intervenir une société écran dans la transaction contrôlée? Afin de répondre à cette question, réintroduisons la société écran VIERCO dans la transaction contrôlée. La société MEXCO vend sa production de tomates à VIERCO qui la revend ensuite à la société CANCO. Du point de vue de l'État canadien, la transaction contrôlée à examiner devient de la sorte celle qui se déroule entre les sociétés VIERCO et CANCO. Dans la continuité de l'analyse, pour la détermination du prix de transfert, il faudra maintenant déterminer la marge de profit de pleine concurrence de la société écran VIERCO relativement à la vente de tomates; celle-ci étant moins « complexe » que CANCO en termes de fonctions accomplies.

Nous venons d'établir que le montant des ventes de pleine concurrence de la société MEXCO, en l'absence de la société écran VIERCO, serait de 108 M\$ ou 109 M\$, selon la méthode de prix de transfert retenue (voir les tableaux 3.4 et 3.5). C'est donc dire que le montant des ventes de MEXCO effectuées à la société écran VIERCO est également de 108 M\$ ou 109 M\$, selon la méthode retenue pour cette transaction. En effet, que la société MEXCO vende sa production de tomates à

VIERCO ou directement à CANCO, cela ne modifie en rien la composition et le quantum des coûts engagés par cette première.⁸⁶

Ainsi, lorsque l'EMN calcule la marge bénéficiaire de la société écran VIERCO, elle utilisera une base de coûts de 109 M\$ puisque, plus les coûts sont élevés pour VIERCO, plus la majoration, exprimée en dollars, deviendra importante.⁸⁷ Il en résulte que le prix d'achat déboursé par la société CANCO sera plus élevé que lorsque celle-ci se procurait directement les cargaisons de tomates auprès de la société MEXCO et ce, quelle que soit la marge bénéficiaire accordée à la société écran VIERCO.

Pour s'en convaincre, supposons par exemple que la recherche d'entités comparables a permis à l'EMN d'identifier un distributeur de pommes de terre, la société TUBERCO, dont les fonctions et les risques s'apparentent effectivement à ceux de la société écran VIERCO. Supposons de plus que la société TUBERCO a une marge bénéficiaire nette, de libre marché, de 3,67 % et que c'est précisément la méthode transactionnelle de la marge nette que l'EMN va utiliser dans ses calculs. On obtiendrait alors, à l'aide de la marge nette de libre marché de la société TUBERCO de 3,67 %, les montants suivants, relativement à la société écran VIERCO.

⁸⁶ À moins, bien sûr, que certains coûts engagés par la société MEXCO soient légitimement soutenus par la société écran VIERCO. Mais en général, nous avons déjà exposé que la mise en place d'une société écran poursuit des visées fiscales et non pas commerciales.

⁸⁷ Bien que le texte nous apparaisse explicite, voici, en termes mathématiques, une démonstration de cette affirmation. Soit une marge de profit, donc une majoration, de 10 %. Il va de soi qu'appliquer cette majoration à une base de coûts de 90 M\$ ($90 \text{ M\$} \times 10 \% = 9 \text{ M\$}$) résulte en un profit moindre, en dollars, qu'à une application de la même majoration sur une base de coûts de 100 M\$ ($100 \text{ M\$} \times 10 \% = 10 \text{ M\$}$). C'est pourquoi, lors de l'application d'une majoration donnée, l'EMN sélectionnera toujours la base de coûts la plus élevée possible étant donné que la société écran VIERCO est située dans un pays à faible taux d'imposition statuaire.

Tableau 3.6 État du résultat net de la société écran VIERCO

Produits (revenus contrôlés) [109 M\$ + 4 M\$]	113 M\$
Coûts des ventes et coûts d'exploitation	(109 M\$)
Marge nette (avant impôt) [3,67 % x 109 M\$]	4 M\$

Alors que sans la présence de la société écran VIERCO, la société CANCO déboursait au plus 109 M\$ pour l'achat de tomates (voir le tableau 3.4), ce montant s'élève maintenant à 113 M\$ par application du principe de pleine concurrence par l'EMN puisqu'il faut accorder une marge bénéficiaire à la société écran VIERCO, en plus de celle réservée à la société MEXCO. À l'image des distorsions que nous avons exposées pour l'application de la méthode comparable du prix de marché libre, il est donc possible à l'EMN d'introduire des distorsions du même genre lors de l'utilisation d'une méthode fondée sur une marge bénéficiaire.

Cette stratégie exploite avec succès l'asymétrie de l'information générée par la société écran interposée dans la transaction contrôlée d'origine. Elle a pour effet de déplacer une partie du profit imposable revenant à la société CANCO vers la société écran VIERCO. En effet, la société CANCO ne pourrait pas vendre les tomates dans un marché de pleine concurrence à un prix plus élevé sous prétexte que des coûts supplémentaires de 4 M\$ ont été engagés. Le profit imposable de la société CANCO s'en trouve diminué à hauteur de 4 M\$.

De la sorte, cet exercice par l'EMN du pouvoir procédural à sa disposition illustre de nouveau les difficultés auxquelles ferait face l'État lors d'une vérification fiscale. Du point de vue de l'administration fiscale canadienne, la transaction porte uniquement sur l'achat de tomates par CANCO à la société écran VIERCO. Les informations relatives à la production de tomates par la société MEXCO ne sont donc plus disponibles à l'administration fiscale canadienne. Il en résulte qu'il sera, à toute

fin pratique, impossible à l'État de confirmer que les coûts engagés par la société écran VIERCO représentent effectivement des coûts de pleine concurrence.

Cela n'est pas sans conséquence. En effet, dans la détermination d'un prix de transfert ou d'une marge bénéficiaire de pleine concurrence, il ne serait pas cohérent, du point de vue de l'administration fiscale, d'appliquer une majoration de pleine concurrence à des coûts qui ne seraient pas, eux-mêmes, exclusivement de pleine concurrence. Il en est évidemment tout autre chose pour l'EMN qui vise à appliquer la marge de profit à la base de coûts la plus élevée qui soit.

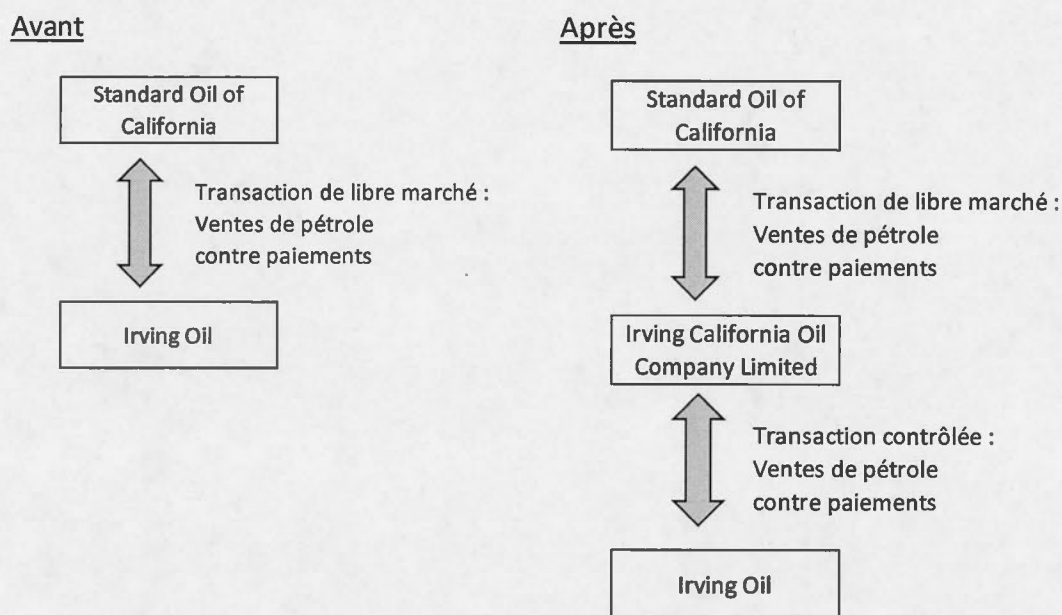
Établir que des coûts sont dans les faits uniquement de pleine concurrence ou, autrement dit, qu'ils ne sont pas artificiellement gonflés est dès lors très important au cours d'une vérification fiscale du point de vue de l'État. Mais en l'absence d'informations fiables sur les coûts de la société écran VIERCO, il sera fort difficile de répondre aux exigences minimales requises pour la rencontre du fardeau de la preuve nécessaire à un avis de nouvelle cotisation, ceci même dans le cas où les coûts de la société écran VIERCO pourraient sembler outrageux.

Dans la jurisprudence canadienne, la cause *Irving Oil Limited v. Her Majesty The Queen* (1988) est très instructive à cet effet.⁸⁸ Les principaux faits pertinents de cette affaire se présentent comme suit. En 1957, le contribuable canadien, Irving Oil, passe un accord d'approvisionnement en pétrole avec la société américaine Standard Oil of California. Cet accord est alors conclu entre deux sociétés par actions n'ayant aucun lien de dépendance; il ne s'agit donc pas d'une transaction contrôlée. Mais par la suite, en 1969, Irving Oil crée la société écran Irving California Oil Company Limited, située aux Bermudes, afin que celle-ci s'occupe de la revente du pétrole à la société canadienne, Irving Oil. En 1971, la société écran Irving California Oil Company Limited, récemment créée aux Bermudes, passe un nouvel accord d'approvisionnement en pétrole avec la société américaine Standard Oil of California.

⁸⁸ *Irving Oil Limited v. Her Majesty The Queen*, 88 DTC 6138, disponible en ligne par le biais de la banque de données CCH sur le réseau des Bibliothèques de l'UQAM.

Le pétrole, alors acquis par la société écran Irving California Oil Company Limited, est ensuite immédiatement revendu à Irving Oil, le contribuable canadien. C'est cette dernière transaction qui constitue une transaction contrôlée. Elle fut dès lors assujettie à une vérification par l'administration fiscale canadienne.⁸⁹

Figure 3.11 Irving Oil⁹⁰



Dans la décision de première instance, il est précisé que la société écran Irving California Oil Company Limited loue des bureaux aux Bermudes, possède une ligne téléphonique dont le numéro est dûment listé dans le bottin téléphonique approprié, maintient à jour ses registres et livres comptables, possède ses propres comptes bancaires et revend le pétrole obtenu de la société américaine à la société canadienne;

⁸⁹ Ces faits proviennent du préambule de la cause; aucune page n'est disponible aux fins de références.

⁹⁰ Cette schématisation de la jurisprudence est de nous.

tout ceci à l'aide d'un seul et unique employé.⁹¹ Dans la décision de deuxième instance, on apprend par ailleurs que c'est plus de 1,2 milliard de dollars de ventes qui ont transité par la société écran entre 1971 et 1975.⁹²

Suite à sa vérification fiscale, pour les années d'imposition 1971 à 1975 inclusivement, l'administration fiscale canadienne refuse au contribuable canadien, Irving Oil, la rondelette somme de 141 946 191 \$ de dépenses au titre qu'elles représentaient un « trop-payé » sur le pétrole acheté à la société écran Irving California Oil Company Limited, située aux Bermudes.

Dans son prononcé, le tribunal de première instance rejette catégoriquement toutes les allégations de l'administration fiscale et rétablit la totalité des dépenses encourues par Irving Oil. Le tribunal motive sa décision sur trois faits que l'administration fiscale canadienne est impuissante à contester. D'abord, le prix du pétrole, initialement acheté à la société américaine, est effectivement un prix de libre marché qui inclut notamment un escompte de volume. Ensuite, la société écran effectue les fonctions de revente de pétrole à la société canadienne telle que le prévoit sa charte constitutive d'incorporation. Elle exerce donc des activités commerciales légitimes. Enfin, le prix de vente du pétrole exigé du contribuable canadien par la société écran Irving California Oil Company Limited est également un prix de libre marché. En d'autres mots, l'administration fiscale canadienne est impuissante à rencontrer les exigences du fardeau de la preuve en première instance.⁹³

⁹¹ *Op.cit.*, paragraphes 59 à 64 et paragraphe 67.

⁹² Plus précisément 1 208 839 840\$. Ce fait provient du préambule de l'arrêt *Her Majesty the Queen v. Irving Oil Limited*, 91 DTC 5106, aussi disponible en ligne par le biais de la banque de données CCH sur le réseau des Bibliothèques de l'UQAM. Aucune page n'est disponible aux fins de références. Sachant que le prix du baril de pétrole oscillait entre 2\$ et 5\$ à cette époque, cette somme doit être multipliée par environ 35 pour en apprécier la valeur aujourd'hui.

⁹³ Le tribunal écrit en conclusion de son prononcé :

« [...] The ultimate, if not precisely the bottom, line in this case, insofar as the Trial Division is concerned, is that the plaintiff's expenses or outlays for the crude oil it acquired from Irvcal [Irving California Oil Company Limited] during the material times are properly allowable

La décision est subséquemment portée en appel par l'administration fiscale canadienne mais sans plus de succès.⁹⁴ Dans la conclusion de son prononcé, le tribunal de deuxième instance est particulièrement incisif à l'endroit de l'administration fiscale quant au droit du contribuable d'organiser ses affaires de façon à minimiser sa charge globale d'impôts à payer.⁹⁵

Cette affaire illustre un exemple spectaculaire de distorsion possible, lors de la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée, dans la mesure où l'ensemble des coûts et des prix utilisés par l'EMN peut être apparenté à un ensemble de coûts et de prix de libres marchés. Cette jurisprudence consacre ainsi la capacité de l'EMN à utiliser son pouvoir procédural avec succès dans le système de fiscalité internationale fondé sur le principe de pleine concurrence.

3.5.3 Conclusion

Ceci termine notre exposé sur les méthodes de prix de transfert. Nous avons illustré tout au long de cette section, les principales stratégies qui permettent à l'EMN d'exercer son pouvoir procédural avec succès relativement à l'utilisation des méthodes de prix de transfert. L'application du principe de pleine concurrence débute donc par une analyse de comparabilité au cours de laquelle sont analysés les cinq facteurs de comparabilité. Par la suite, l'EMN sélectionne et applique une méthode de prix de transfert, ce qui permet, selon la méthode retenue, dans certains cas, de déterminer le prix de transfert de la transaction contrôlée ou encore, dans d'autres cas,

deductions and did not unduly or artificially reduce the plaintiff's income which income does not include the investment income earned by Irvcal [...] ».

⁹⁴ *Her Majesty the Queen v. Irving Oil Limited* (1991), déjà cité.

⁹⁵ Le tribunal écrit :

« [...] it remains the law of Canada that :

« Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be. If he succeeds in ordering them so as to secure this result, then, however unappreciative the Commissioners of Inland Revenue or his fellow taxpayers may be of his ingenuity, he cannot be compelled to pay an increased tax. (*Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] 1 A.C. 1 at pp. 19-20). »

d'établir la marge bénéficiaire de la société par actions choisie pour son application. Diverses possibilités d'exploitation du pouvoir procédural découlent de cette démarche en deux temps.

Mais cela ne s'arrête pas forcément à ce stade en ce qui concerne l'EMN. Lorsqu'il s'agit de la détermination d'une marge bénéficiaire de pleine concurrence, une recherche d'entités comparables est également nécessaire afin d'identifier cette marge.⁹⁶ Afin de compléter la présentation du principe de pleine concurrence, il est dès lors nécessaire d'examiner brièvement le processus de recherche d'entités comparables, des entités ayant des fonctions et des risques comparables à ceux de la société par actions de l'EMN dont le prix de transfert doit être déterminé à l'aide d'une méthode fondée sur une marge bénéficiaire.⁹⁷ Cette recherche d'entités comparables comporte des éléments supplémentaires qui nous seront utiles à l'analyse lors de la comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire. Elle comporte de plus des opportunités additionnelles d'exercice du pouvoir procédural pour l'EMN.

3.6 La recherche d'entités comparables

Les éléments constitutifs de la recherche d'entités comparables offrent diverses opportunités à l'EMN d'exploiter l'asymétrie de l'information inhérente à la fiscalité internationale. Dans l'un des exemples de la section précédente, les marges bénéficiaires brutes et nettes de la société AGRICO nous ont permis d'appliquer la méthode du coût majoré et la méthode transactionnelle de la marge nette afin de

⁹⁶ Rappelons de nouveau les trois balises générales sur lesquelles porte l'ensemble de notre exposé du principe de pleine concurrence :

- les facteurs de comparabilité que nous avons déjà présentés;
- la sélection d'une méthode de prix de transfert que nous venons d'analyser; et
- la recherche d'entités comparables.

⁹⁷ La cinquième et dernière méthode de détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée, la méthode transactionnelle du partage des bénéfices, n'est pas présentée dans ce chapitre puisqu'elle n'ajoute en rien à notre exposé.

déterminer le prix de transfert de la société MEXCO, en fait une marge de profit, sur les tomates vendues à la société CANCO. Nous avons, par conséquent, adopté l'hypothèse que la société AGRICO est une entité comparable à MEXCO, une entité ayant des fonctions et des risques comparables à ceux de la société MEXCO.

Lors de la recherche d'entités comparables, l'EMN doit procéder conséquemment aux résultats obtenus au cours de l'analyse de comparabilité. Le paragraphe 3.1 des Principes de l'OCDE explique :

« La recherche de comparables n'est qu'un aspect de l'analyse de comparabilité. Elle ne doit pas être confondue avec cette analyse, pas plus qu'elle ne doit en être dissociée. La recherche d'informations sur des transactions potentiellement comparables sur le marché libre et l'identification de comparables sont tributaires de l'analyse antérieure de la transaction contrôlée du contribuable et des facteurs de comparabilité pertinents [...] ».

Ce faisant, l'EMN augmente les probabilités que les transactions ou les entités comparables identifiées soient fiables pour la détermination d'un prix de transfert respectant le principe de pleine concurrence; bref, qu'elles représentent effectivement des comparables à la transaction contrôlée.

Revenons à notre cas fictif. Suite à l'analyse des facteurs de comparabilité, en faisant abstraction des sociétés écran, nous avons suggéré que la société MEXCO devrait être l'entité sur laquelle serait appliquée une éventuelle méthode de prix de transfert. Il avait également été déterminé que MEXCO s'affairait presque exclusivement à produire des tomates qui sont vendues à la société CANCO. Ainsi, dit simplement, si des transactions spécifiques de libres marchés sont sélectionnées, pour une application de la méthode du prix comparable de marché libre, elles porteront notamment sur des tomates d'un même genre que celles produites par la société MEXCO. Dans le cas de marges bénéficiaires, pour une application éventuelle de la méthode du coût majoré ou la méthode transactionnelle de la marge nette, celles-ci devront être les marges bénéficiaires d'entités semblables, d'entités

possédant un mix de fonctions et de risques semblables à ceux de MEXCO, telle qu'illustrée par l'analyse fonctionnelle.

Dans la pratique, au plan technique, les Principes de l'OCDE suggèrent un processus de recherche d'entités ou de transactions comparables en neuf étapes pour en arriver à cette finalité. Cette section présente brièvement ce processus puisqu'il contient divers éléments qui nous seront utiles pour la suite de l'analyse et à la comparaison avec la taxation unitaire.⁹⁸ Ces éléments sont :

- le choix d'entités comparables internes;
- le choix d'entités comparables externes;
- le rôle des critères de recherche; et
- l'intervalle de pleine concurrence.

3.6.1 Choix d'entités comparables internes

Dans notre cas fictif, la société MEXCO vend l'ensemble de sa production de tomates à CANCO par le biais de la société écran VIERCO. Mais en d'autres circonstances, la société MEXCO pourrait vendre uniquement une partie de sa production à CANCO tandis que l'autre pourrait être écoulée sur un marché libre, un marché de pleine concurrence. Dans un tel cas, la société MEXCO pourrait vraisemblablement utiliser le prix sur ses transactions de tomates effectuées sur le libre marché, ou encore la marge bénéficiaire correspondante, à titre de transaction ou de prix comparable dans la détermination du prix de transfert de ses transactions contrôlées faites avec la société CANCO par le biais de VIERCO. Il s'agirait alors d'un « comparable interne », interne à l'EMN dont fait partie la société MEXCO.⁹⁹

⁹⁸ La section A.1 du chapitre 3 des Principes de l'OCDE propose ce « processus type » de recherche de comparables. Pour la suite de notre exposé, nous avons uniquement sélectionné les éléments les plus pertinents de ce processus puisque, on le rappelle encore, l'objectif n'est pas d'enseigner la technique fiscale du prix de transfert mais bien de comprendre l'application du principe de pleine concurrence pour ensuite faire la comparaison avec la taxation unitaire.

⁹⁹ Afin de bien situer le lecteur, à l'opposé, lorsque nous avons utilisé les résultats financiers de la société AGRICO, dans un de nos exemples précédents de calcul du prix de transfert, nous avons choisi un « comparable externe » puisque ce prix n'est en rien lié à l'EMN dont fait partie la société MEXCO.

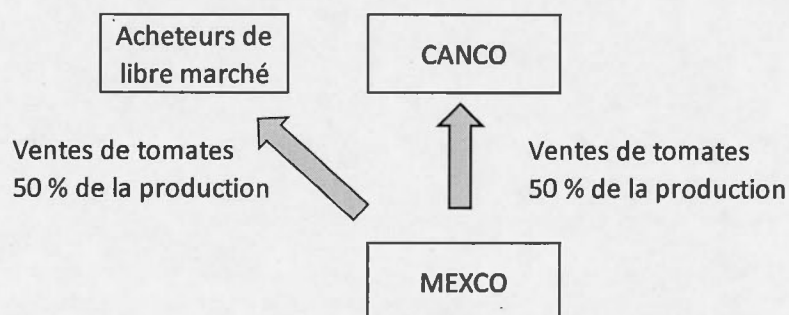
Lorsque l'EMN utilise un comparable interne, elle possède évidemment l'ensemble de l'information pertinente à cette transaction. Le paragraphe 3.27 des Principes de l'OCDE explique :

« Les comparables internes peuvent avoir un lien plus direct et plus étroit avec la transaction contrôlée examinée que les comparables externes. L'analyse financière peut être à la fois plus facile à mener et plus fiable étant donné qu'elle repose supposément sur des normes et des pratiques comptables identiques pour le comparable interne et la transaction contrôlée. Par ailleurs, les informations sur les comparables internes peuvent être à la fois plus complètes et moins onéreuses. »

Dans ce contexte, il existe ainsi des opportunités de manœuvres comptables et fiscales des données financières de l'EMN, des opportunités parfaitement cohérentes avec l'exercice du pouvoir procédural possédé par l'EMN. Quelques exemples nous serviront à illustrer cette affirmation.

Dans notre cas fictif, prenons pour hypothèse que la société MEXCO vend effectivement la moitié de sa production de tomates à CANCO, abstraction faite des sociétés VIERCO et BERCO, et que l'autre moitié est vendue à des acheteurs mexicains de libre marché.

Figure 3.12 Comparable interne



Supposons également que l'objectif de l'EMN consiste à établir la marge bénéficiaire nette de la société MEXCO sur la transaction contrôlée avec CANCO de telle sorte

que celle-ci soit très faible, par exemple, une marge de profit de 2 %. Pour arriver à cette fin, la société MEXCO devra attribuer ses coûts totaux (coûts des ventes et coûts d'exploitation) entre ses transactions contrôlées et ses transactions de libre marché de manière à ce que ses transactions de libre marché « apparaissent » lui procurer une marge de profit de 2 %.

Ce procédé aura alors pour effet de créer un comparable interne qui lui permettra de déterminer une faible marge bénéficiaire nette de 2 % sur sa transaction contrôlée avec la société CANCO. Nous commentons, sous le tableau qui suit, l'illustration de cet exemple de manœuvres comptables d'allocation des coûts.

Tableau 3.7 Allocation des coûts de MEXCO (marge de profit de 2 %)

	Montants totaux (col. 1)	Montants contrôlés (col. 2)	Montants de libre marché (col. 3)
Revenus		52,05 M\$	50 M\$
Coûts des ventes et d'exploitation	(100 M\$)	(51 M\$)	(49 M\$)
Marge nette (avant impôt)		1,05 M\$ [2 %]	1 M\$ [2 %]

Dans l'exemple proposé au tableau, la société MEXCO a des coûts totaux de 100 M\$ (1^{ère} colonne). Les revenus de libre marché, provenant d'acheteurs mexicains, s'élèvent à 50 M\$ (3^e colonne). Ce sont les données financières immuables de la société MEXCO, des montants de libre marché par design de cet exemple. Les coûts totaux de 100 M\$ s'expliquent par l'effort de la société MEXCO, exprimé en termes de coûts de production de tomates : salaires déboursés, équipements utilisés, etc.

Quant aux revenus de libre marché, ils représentent des revenus de pleine concurrence reçus des acheteurs mexicains.¹⁰⁰

Dans cet exemple, puisque l'objectif final de l'EMN est de faire en sorte que la marge de profit de la société MEXCO soit de 2 % sur la transaction contrôlée avec CANCO, ceci fondé sur un comparable interne de libre marché, la société MEXCO va associer 49 M\$ de ses coûts totaux, dans ses états financiers segmentés, aux revenus de libre marché de 50 M\$ (3^e colonne). La société MEXCO crée ainsi, de toutes pièces, une marge bénéficiaire nette de 2 % sur ses transactions de libre marché (3^e colonne).¹⁰¹ Cette marge de profit de 2 % peut, par la suite, être utilisée dans la transaction contrôlée avec CANCO en prenant les 51 M\$ de coûts restants (100 M\$ - 49 M\$) sur lesquels sera appliquée la majoration requise à l'obtention d'une marge bénéficiaire nette de 2 % (2^e colonne). Ainsi, par calcul, les revenus contrôlés de la société MEXCO, autrement dit le montant déboursé par CANCO, seront de 52,05 M\$. La marge de profit de la société MEXCO sur la transaction contrôlée avec CANCO est dès lors effectivement de 2 %.¹⁰²

Mais supposons maintenant que l'EMN souhaite plutôt que la marge bénéficiaire nette de la société MEXCO soit très élevée, par exemple 20 %, sur la transaction contrôlée avec CANCO. Pour arriver à ce résultat, une nouvelle construction comptable d'un comparable interne sera requise. La société MEXCO devra de nouveau attribuer ses coûts totaux entre ses transactions contrôlées et ses transactions de libre marché mais, cette fois-ci, de telle sorte que ces transactions de libre marché engendrent une marge de profit de 20 %.

Ce faisant, elle créera alors un nouveau comparable interne qui permettra de déterminer une marge bénéficiaire nette de 20 % pour la société MEXCO sur sa

¹⁰⁰ Rappelons que nous faisons abstraction des sociétés VIERCO et BERCO dans cet exemple.

¹⁰¹ En effet, par calcul en 3^e colonne : 50 M\$ - 49 M\$ = 1 M\$ en profits; 1 M\$ en profits / 50 M\$ de revenus équivaut à une marge bénéficiaire nette de 2 %.

¹⁰² En 2^e colonne : 1,05 M\$ en profits / 52,05 M\$ de revenus équivaut à une marge bénéficiaire nette de 2 %, avec l'arrondissement.

transaction contrôlée avec CANCO. Nous commentons, sous ce nouveau tableau, l'illustration de ce procédé comptable alternatif d'allocation des coûts.

Tableau 3.8 Allocation des coûts de MEXCO (marge de profit de 20 %)

	Montants totaux (col. 1)	Montants contrôlés (col. 2)	Montants de libre marché (col. 3)
Revenus		75 M\$	50 M\$
Coûts des ventes et d'exploitation	(100 M\$)	(60 M\$)	(40 M\$)
Marge nette (avant impôt)		15 M\$ [20 %]	10 M\$ [20 %]

Dans ce nouvel exemple, la société MEXCO a toujours les mêmes coûts totaux de 100 M\$ (1^{ère} colonne). Les revenus de libre marché, provenant d'acheteurs mexicains, s'élèvent encore à 50 M\$ (3^e colonne). Il ne peut en être autrement puisque ce sont des montants de libre marché par design de l'exemple. Mais puisque l'objectif final de l'EMN est dorénavant de faire en sorte que la marge de profit de la société MEXCO soit de 20 % sur la transaction contrôlée, ceci fondé sur un comparable interne de libre marché, la société MEXCO va associer uniquement 40 M\$ de ses coûts totaux, dans ses états financiers segmentés, aux revenus de libre marché de 50 M\$ (3^e colonne). La société MEXCO crée ainsi, de toutes pièces, une nouvelle marge bénéficiaire nette de 20 % sur ses transactions de libre marché (3^e colonne).¹⁰³

Cette marge de profit de 20 % peut par la suite être appliquée à la transaction contrôlée en utilisant les 60 M\$ de coûts restants (100 M\$ - 40 M\$). Les revenus contrôlés de la société MEXCO sont maintenant de 75 M\$, par calcul, à l'aide de la majoration requise sur les coûts de 60 M\$ (2^e colonne). La marge de profit de la

¹⁰³ En effet, par calcul en 3^e colonne : 50 M\$ - 40 M\$ = 10 M\$ en profits; 10 M\$ en profits / 50 M\$ de revenus équivaut à une marge bénéficiaire nette de 20 %.

société MEXCO sur la transaction contrôlée avec CANCO est de 20 %. ¹⁰⁴ Le montant déboursé par la société CANCO est de 75 M\$ et semble encore représenter une situation de pleine concurrence et ce, au même titre que lorsqu'un montant à déboursé de 52,05 M\$ était requis, alors que la marge bénéficiaire recherchée pour la société MEXCO était de 2 %.

Au-delà des chiffres et des calculs, ces deux exemples illustrent qu'à l'aide d'une simple réallocation comptable des coûts totaux engagés par la société MEXCO entre les transactions de libre marché et la transaction contrôlée, il est possible à l'EMN d'influencer significativement le résultat obtenu à l'aide d'un comparable interne. Dans la réalité, lors d'une vérification de prix de transfert, il est probable que l'administration fiscale examine si les coûts associés aux revenus de libre marché représentent effectivement les coûts engagés pour ces transactions. Mais, considérant ce que nous avons exposé jusqu'à maintenant sur les exigences du fardeau de la preuve, le lecteur aura compris qu'il n'est pas simple de contester l'allocation comptable des coûts d'une entreprise. L'information relative aux coûts de l'EMN est difficile d'accès. On fait donc face à une situation d'asymétrie de l'information inhérente à la fiscalité internationale exploitée avec succès qui permet de plus de transférer, en partie, le fardeau de la preuve vers l'administration fiscale.

Qui plus est, lorsque les sociétés écran BERCO et VIERCO sont réintroduites dans l'organisation des activités commerciales de l'EMN, la situation à analyser par l'administration fiscale devient pratiquement insoluble tel que nous l'avons exposé précédemment. En effet, à l'image des distorsions que nous avons présentées pour l'application d'une méthode fondée sur une marge bénéficiaire, les sociétés écran créent des opportunités de distorsions supplémentaires, des distorsions fiscalement avantageuses pour l'EMN.

¹⁰⁴ En 2^e colonne : 15 M\$ en profits / 75 M\$ de revenus équivaut à une marge bénéficiaire nette de 20 %.

Relativement à ces deux exemples, dans le cas de la société écran BERCO, les coûts de location payés par la société MEXCO offrent la possibilité de gonfler encore davantage la partie des coûts attribués aux transactions de libre marché pour ainsi minimiser la marge de profit de MEXCO sur ses transactions contrôlées. Dans le cas spécifique de la société écran VIERCO, sa réintroduction offre la possibilité d'influencer la répartition des coûts entre les transactions de libre marché et la transaction contrôlée sans que l'administration fiscale de CANCO ne soit même en mesure de le constater puisque la transaction contrôlée du contribuable CANCO porte alors sur l'achat de tomates à la société écran VIERCO et non plus à la société MEXCO.¹⁰⁵

De nouveau, l'EMN introduit ainsi dans sa relation avec l'État des éléments supplémentaires d'asymétrie de l'information dans ses activités commerciales, éléments sur lesquels elle sera mieux placée que l'État pour en déterminer et quantifier les impacts directs et indirects sur le prix de transfert respectant le principe de pleine concurrence. Pour l'État, cela augmente le degré de difficulté de l'élaboration de la preuve nécessaire à l'établissement éventuel de tout avis de nouvelle cotisation.

3.6.2 Choix d'entités comparables externes

Dans plusieurs autres situations, l'EMN n'a cependant pas accès à des comparables internes car ce genre d'entités corporatives précises est créé uniquement et exclusivement pour servir les besoins commerciaux de l'EMN. En d'autres mots,

¹⁰⁵ Notons que nos explications simplifient quelque peu l'ensemble des tenants et aboutissants. En effet, dans la pratique, l'administration fiscale est habituellement en mesure de distinguer les coûts contrôlés des coûts de libre marché; si bien qu'une société par actions ne pourrait pas impunément gonfler sa base de coûts comme nous le suggérons. Toutefois, lorsque la société écran VIERCO est également réintroduite dans l'organisation des affaires commerciales du contribuable, l'administration fiscale de CANCO ne peut plus faire cette distinction n'ayant pas accès aux coûts de la société MEXCO. C'est dire que les sociétés écran remplissent des fonctions fiscales prises individuellement mais aussi lorsque considérées collectivement. Mentionnons que d'autres manœuvres comptables et fiscales sont ainsi possibles à partir de ces mêmes exemples. Mais les aspects relevés dans le texte suffisent à illustrer la stratégie d'utilisation de l'asymétrie de l'information par l'EMN.

l'ensemble des transactions d'une telle entité est alors contrôlé, sur le modèle de notre cas fictif où la société MEXCO vend l'ensemble de sa production de tomates à CANCO par l'intermédiaire de la société écran VIERCO. De ce fait, lorsque l'EMN opte ou encore est dans l'obligation d'effectuer une recherche d'un ou de plusieurs comparables externes, elle fait habituellement l'usage de banques de données financières. Le paragraphe 3.31 des Principes de l'OCDE explique :

« [...] [les banques de données] ne contiennent pas le même type d'informations pour toutes les entreprises exerçant leurs activités dans un pays donné, car les obligations en matière de communication d'information et de dépôt peuvent varier en fonction de la forme juridique de la société et selon qu'elle est ou non cotée en bourse. Ces bases de données doivent être utilisées avec prudence, car elles sont compilées et présentées à des fins autres que le calcul des prix de transfert. Les bases de données commerciales ne fournissent pas nécessairement des informations suffisamment détaillées pour justifier le choix d'une méthode de prix de transfert. Toutes les bases de données n'incluent pas le même niveau de détail et ne peuvent pas être utilisées avec la même confiance. »

En dépit de ces mises en garde, dans la pratique, ce sont effectivement les comparables externes qui seront généralement utilisés par l'EMN, faute de comparables internes, afin de déterminer un prix de transfert respectant le principe de pleine concurrence. Cette réalité, on le répète, n'a rien d'étonnant dans la mesure où la plupart des filiales d'une EMN existent spécifiquement afin d'internaliser des coûts comme la théorie de l'EMN nous l'a indiqué au chapitre précédent. Il va donc de soi que ces filiales ne seront habituellement pas actives sur un marché de pleine concurrence. Les comparables externes deviennent dès lors essentiels dans la détermination d'un prix de transfert de pleine concurrence d'une transaction contrôlée. L'utilisation de comparables externes offre cependant des opportunités de manœuvres comptables et fiscales tout aussi nombreuses, sinon encore davantage, que les comparables internes.

Parmi ces opportunités, lors de la recherche de transactions ou d'entités comparables externes, il est possible de procéder à cette recherche de manière

déductive ou additive. Débutons par deux définitions. Le paragraphe 3.42 des Principes de l'OCDE explique :

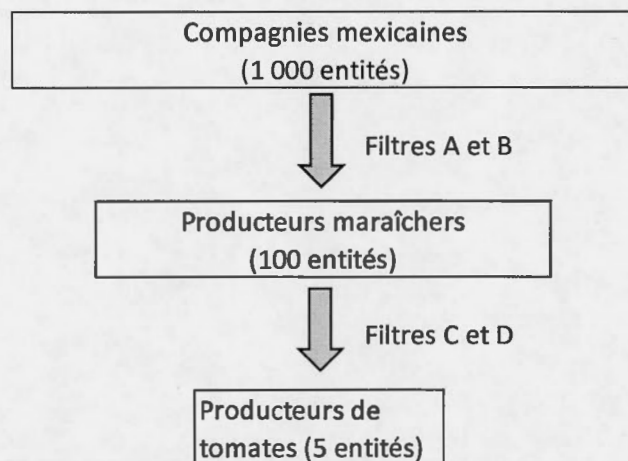
« [...] l'approche « déductive », se fonde d'abord sur un vaste ensemble d'entreprises qui exercent leurs activités dans le même secteur, qui exercent des fonctions similaires et qui ne présentent pas de caractéristiques économiques sensiblement différentes. Cette liste est ensuite affinée grâce à l'utilisation de critères de sélection et d'informations publiques (par exemple, bases de données, sites Internet, connaissances acquises sur les concurrents du contribuable). Dans la pratique, l'approche dite déductive commence généralement par une recherche dans une base de données. »

Quant à l'approche additive, le paragraphe 3.41 des Principes de l'OCDE précise :

« [celle] que l'on peut qualifier d'« additive », consiste pour le contribuable à dresser la liste d'entreprises indépendantes dont il considère qu'elles réalisent des transactions potentiellement comparables. Des informations sont ensuite rassemblées sur les transactions effectuées par ces tiers, afin de confirmer si elles sont effectivement des comparables acceptables, sur la base de critères de comparabilité prédéterminés. »

De ces définitions, on comprend aisément que l'approche déductive a pour principal avantage, du point de vue de l'État, d'être reproductible lors d'une éventuelle vérification fiscale des transactions contrôlées de l'EMN. Elle fonctionne en effet sur le principe d'un entonnoir ou de filtres successifs qui ont pour finalité de ne retenir que les comparables externes les plus pertinents. Par exemple, elle pourrait permettre de passer de 1 000 entités à 100 entités à 5 entités, finalement comparables à la société MEXCO, à l'aide de filtres successifs; par exemple, les filtres A et B, suivis des filtres C et D.

Figure 3.13 Exemple d'approche déductive



En utilisant des critères de sélection semblables ou identiques, l'administration fiscale est, de ce fait, généralement en mesure de reproduire les résultats de recherche de comparables externes obtenus par l'EMN. L'approche déductive possède ainsi, dans le contexte du prix de transfert, une certaine scientificité.¹⁰⁶ Elle offre par conséquent moins de possibilités à l'EMN d'en influencer directement les résultats obtenus.¹⁰⁷ L'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité internationale n'est pas, a priori, exploitée adéquatement, du point de vue de l'EMN.

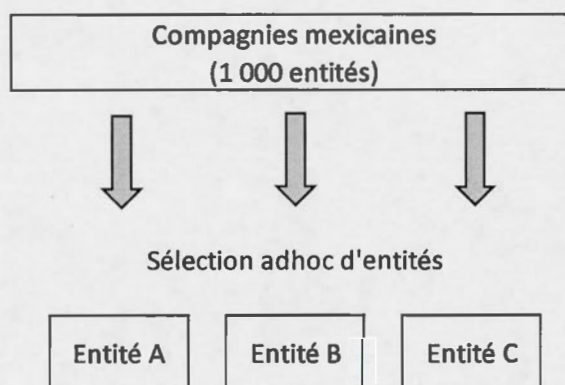
Il en est tout autrement lors de l'utilisation d'une approche additive. Puisqu'elle consiste pour l'EMN à faire une liste de comparables externes « jugés » fiables sans nécessairement faire appel à des critères de recherche précis, son application révèle habituellement un fort degré de subjectivité. Par exemple, rien n'empêcherait l'EMN de sélectionner uniquement un ou des comparables externes permettant de justifier le prix de transfert déjà utilisé dans ses transactions contrôlées ou le prix de transfert à

¹⁰⁶ Le paragraphe 3.46 des Principes de l'OCDE précise : « Le processus suivi pour identifier des comparables potentiels est l'un des aspects les plus critiques de l'analyse de comparabilité et doit être transparent, systématique et vérifiable. »

¹⁰⁷ Bien que la technique du prix de transfert puisse en permettre l'influence de façon indirecte comme nous le verrons sous peu à l'aide d'une sélection « appropriée » des critères de recherche.

obtenir, ceci un peu à l'image de ce que nous venons d'exposer dans le cadre de l'utilisation de comparables internes. Dans la pratique, l'approche additive est donc relativement controversée du point de vue des administrations fiscales.¹⁰⁸ Elle constitue une exploitation relativement agressive et couramment litigieuse de l'asymétrie de l'information par l'EMN.

Figure 3.14 Exemple d'approche additive



3.6.3 Le rôle des critères de recherche

Afin de se prémunir contre cette controverse liée à l'utilisation de l'approche additive, il est habituellement dans l'intérêt de l'EMN d'utiliser une approche déductive, du moins en apparence. Notre affirmation est cohérente avec la série de stratégies relatives au transfert, au moins partiel, du fardeau de la preuve vers l'administration fiscale. En effet, si l'EMN opte pour une approche additive, elle devra démontrer, lors d'une vérification fiscale ou en cas de litiges juridiques, que cette méthode donne des résultats qui respectent le principe de pleine concurrence. À l'opposé, lorsqu'une méthode déductive est utilisée, puisqu'elle est reproductible, le

¹⁰⁸ Dans notre pratique professionnelle, nous avons souvent entendu l'expression, à connotation négative, « faire du *cherry picking* » en référence à cette approche.

fardeau de la preuve ne repose plus aussi lourdement sur l'EMN. Il peut plus aisément être transféré vers l'État qui doit alors s'employer à démontrer en quoi cette approche déductive, au moins en apparence objective, ne respecte pas le principe de pleine concurrence.

Lorsqu'approprié, l'EMN devrait donc utiliser une approche déductive dans la détermination d'un prix de transfert. Les cinq facteurs de l'analyse de comparabilité sont utiles à cet exercice. En effet, lorsque l'application de la méthode comparable du prix de libre marché est envisagée, nous avons vu que les caractéristiques du bien ou du service de la transaction contrôlée, celles identifiées lors de l'analyse de comparabilité, feront office de critères pour la recherche de transactions comparables. Dans un marché donné, en général, il s'agira de naviguer parmi les transactions de libre marché disponibles afin d'en identifier au moins une qui soit comparable à la transaction contrôlée.¹⁰⁹ Dans une situation spécifique, du point de vue de l'EMN, il s'agira évidemment de choisir la transaction comparable qui permette d'atteindre les objectifs de minimisation de la charge globale d'impôts à payer.

Dans les nombreux cas où l'application d'une méthode fondée sur une marge bénéficiaire est plutôt considérée, nous avons observé que ce sont principalement les résultats de l'analyse fonctionnelle qui sont utiles à la recherche de comparables. Mais certaines complications peuvent alors apparaître. Par exemple, au plan statistique, il existe des milliers d'entités corporatives qui pourront a priori être comparables à la société par actions sur laquelle s'appliquera la méthode de prix de transfert. Un échantillon doit être constitué. Cet échantillon doit conduire à la quantification d'une marge bénéficiaire qui représentera adéquatement le mix des fonctions, des risques et des actifs de la société par actions participant à la transaction contrôlée. Il devient ainsi essentiel d'utiliser certains instruments quantitatifs, des

¹⁰⁹ Dans notre cas fictif, celui des tomates, cela est effectivement assez simple. Mais comme l'a illustré la jurisprudence canadienne, pour certains biens et services, cela n'est pas forcément aussi aisé qu'il y paraît.

filtres, qui auront pour effet de réduire considérablement le nombre d'entités comparables externes. Le paragraphe 3.43 des Principes de l'OCDE explique :

« Dans la pratique, des critères à la fois quantitatifs et qualitatifs sont utilisés pour inclure ou rejeter des comparables potentiels. On trouve des exemples de critères qualitatifs dans les portefeuilles de produits et les stratégies des entreprises. Les critères quantitatifs les plus communs sont :

- Les critères touchant à la taille de l'entreprise (chiffre d'affaires, éléments d'actif ou effectifs). La taille de la transaction en valeur absolue ou en proportion des activités des parties peut influencer la position concurrentielle relative de l'acheteur et du vendeur et donc la comparabilité.
- Les critères liés aux éléments d'actif incorporels tels que la valeur nette des éléments d'actif incorporels rapportée à la valeur nette totale des éléments d'actif, ou le ratio des dépenses de recherche et développement (R&D) sur le chiffre d'affaires lorsqu'il est disponible : ils permettent, par exemple, d'exclure les entreprises qui ont à leur bilan des éléments d'actif incorporels de valeur ou qui exercent des activités de R&D significatives lorsque la partie testée ne détient pas d'éléments incorporels de valeur et ne participe à des activités de R&D significatives.
- Les critères liés à l'importance des ventes à l'exportation (chiffre d'affaires à l'export sur chiffre d'affaires total), dans les cas appropriés.
- Les critères liés aux stocks, en valeur absolue ou relative, dans les cas appropriés.
- D'autres critères permettant d'exclure les tiers se trouvant dans des situations particulières, telles que les entreprises nouvelles, les entreprises en faillite, etc. lorsqu'il est évident que ces situations particulières empêchent d'établir des comparaisons pertinentes.

Le choix et l'application des critères de sélection dépendent des faits et circonstances propres à chaque cas particulier et la liste ci-dessus n'est ni limitative, ni impérative. »

Notre objectif n'étant pas d'expliquer les finesses de la technique fiscale enrobant la recherche de comparables, on retiendra de cette partie de notre exposé que cette recherche de comparables externes se fait donc à l'aide de divers critères quantitatifs et qualitatifs. Un tel processus devient de la sorte vulnérable aux erreurs statistiques de type 1 et de type 2 fréquemment rencontrées dans tout exercice de ce genre. Appliquée au prix de transfert, l'erreur de type 1 consisterait à identifier une entité corporative, apparemment comparable, alors qu'elle ne l'est pas réellement tandis que l'erreur de type 2 se manifesterait lorsqu'une entité, effectivement comparable, n'est pas sélectionnée dans l'échantillon. Ces deux types d'erreurs sont notamment possibles puisque les banques de données financières portent sur une multitude d'entités corporatives, incluant des sociétés par actions, qui ne produisent pas forcément leurs états financiers de façon uniforme. Il s'agit ainsi d'une lacune intrinsèque à l'application du principe de pleine concurrence.

Mais, dans la même veine, rien n'empêcherait l'EMN de conduire un processus de recherche de comparables à l'aide de critères lui permettant d'obtenir un résultat précis. En termes plus techniques, on parle alors de « reverse engineering », tel qu'il s'applique à la détermination d'un prix de transfert.¹¹⁰ Il en découle que le contribuable pourra utiliser une approche déductive à son avantage, en sélectionnant les critères de recherche menant au résultat souhaité, en termes de prix de transfert ou de marge bénéficiaire.

¹¹⁰ Sur le plan de la technique fiscale, il existe un nombre impressionnant de possibilités relativement à l'utilisation des critères de recherche afin d'influencer les résultats obtenus et donc, en finalité, le prix de transfert d'une transaction contrôlée ou la marge bénéficiaire de pleine concurrence. L'exposition technique de ces procédés ne trouve pas pertinence dans ce texte. Mentionnons néanmoins que dans le contexte de la fiscalité américaine du prix de transfert, Avi-Yonah (2009) relate : « because CPM has proven to be the most manipulable of the current methods: An informed economist working for a major accounting firm has told me he can achieve any result the client wants using CPM. » (p. 13) [les soulignements sont de nous]. À titre de praticien, nous confirmons que ce phénomène de « manipulation des résultats » est tout aussi facilement reproductible avec chacune des méthodes préconisées par les Principes de l'OCDE, ceci pour l'avoir observé à de nombreuses reprises (l'expression « CPM » à la citation, « Comparable Profit Method » en anglais, fait référence à la méthode américaine fondée sur une marge bénéficiaire).

3.6.4 L'intervalle de pleine concurrence

L'influence possible des résultats obtenus à l'aide de critères de recherche offre également d'autres opportunités connexes au contribuable afin de se positionner face à une éventuelle vérification fiscale de ses prix de transfert. Rappelons d'abord le paragraphe 3.55 des Principes de l'OCDE qui précise que la détermination d'un prix de transfert n'est pas une « science exacte » :

« [...] très souvent, comme la fixation des prix de transfert n'est pas une science exacte, l'application de la méthode ou des méthodes les plus appropriées débouchera sur un intervalle de chiffres tous relativement aussi fiables. Dans ce cas, les différences entre les chiffres compris dans cet intervalle peuvent être dues au fait qu'en général l'application du principe de pleine concurrence ne permet d'obtenir qu'une approximation des conditions qui seraient établies entre des entreprises indépendantes. Il est également possible que les différents points de l'intervalle résultent de ce que des entreprises indépendantes effectuant des transactions comparables dans des circonstances comparables ne pratiqueraient pas exactement le même prix pour la transaction en question. »

Réexaminons maintenant quelques exemples à ce sujet. Dans un exemple précédent, nous avons suggéré qu'un prix respectant le principe de pleine concurrence pour les tomates pourrait se situer entre 2 \$ et 3 \$ le kilo. Cela revenait à dire qu'il existe alors un intervalle de pleine concurrence dont la borne inférieure est de 2 \$ et la borne supérieure de 3 \$.¹¹¹ Bref, tout prix du kilo de tomates entrant dans cet intervalle serait un prix respectant le principe de pleine concurrence lorsque la société MEXCO vend ses tomates à CANCO par le biais de la société écran VIERCO.

Dans un autre exemple, nous avons suggéré que la marge bénéficiaire de la société AGRICO, un comparable externe, permettait de quantifier la marge de profit

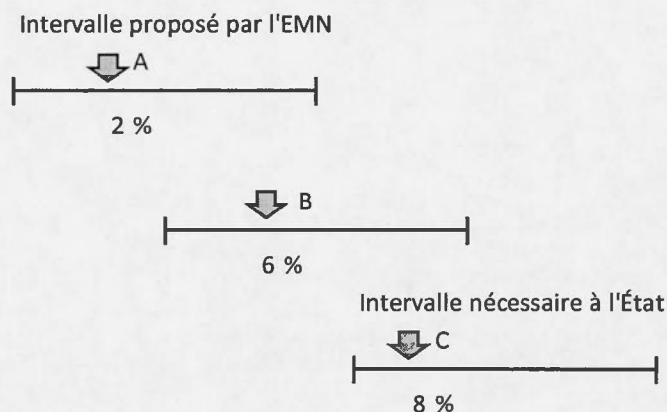
¹¹¹ Les Principes de l'OCDE définissent comme suit l'intervalle de pleine concurrence :

« Fourchette de prix qui sont acceptables pour définir si les conditions d'une transaction entre entreprises associées sont des conditions de pleine concurrence et qui résultent, soit de l'application de la même méthode de fixation de prix de transfert à des données comparables multiples soit de l'application de différentes méthodes de fixation des prix de transfert. » (Glossaire, p. 29).

de MEXCO. Dans la pratique, l'EMN va plutôt identifier plusieurs entités comparables en appliquant généralement l'approche déductive. Par exemple, l'EMN pourrait sélectionner cinq entités comparables à la société MEXCO dont les marges bénéficiaires nettes respectives seraient entre 1,5 % et 7 %. Ainsi, tant que la marge bénéficiaire de la société MEXCO entrerait dans cet intervalle, elle serait réputée être en respect du principe de pleine concurrence.

Puisqu'un intervalle ainsi composé de plusieurs prix de libre marché représente en fait une série de situations respectant le principe de pleine concurrence, l'EMN transfère alors en partie le fardeau de la preuve vers l'administration fiscale qui devra, au cours d'une vérification éventuelle, démontrer que la méthode du contribuable, en apparence objective et reproductible, ne respecte pas le principe de pleine concurrence. L'État devra de plus démontrer que l'intervalle proposé par l'EMN n'est pas un intervalle de pleine concurrence. L'administration fiscale sera fréquemment impuissante à détruire les prétentions du contribuable qui aura, bien sûr, identifié un intervalle de pleine concurrence suffisamment large pour s'assurer que les prix ou les marges bénéficiaires de ses transactions contrôlées s'y retrouvent, même dans le cas où ces prix et ces marges sont peut-être trop « faibles », une situation vraisemblable lorsque l'entité vérifiée est située dans un pays à taux d'imposition statutaire élevé. La figure suivante, que nous commentons ensuite, illustre cette importante difficulté pour l'État.

Figure 3.15 Intervalle de pleine concurrence



En continuité de nos exemples précédents, dans la figure, la marge bénéficiaire de la société MEXCO, calculée par l'EMN, est de 2 % (point A). Les bornes inférieures et supérieures de l'intervalle de pleine concurrence proposé par l'EMN sont de 1,5 % et 7 % respectivement. Afin de rencontrer les exigences du fardeau de la preuve, l'administration fiscale doit nécessairement établir une marge de pleine concurrence *minimale* pour la société MEXCO de plus de 7 % afin d'invalidier l'ensemble, et non pas seulement une partie, de l'intervalle de pleine concurrence proposé de l'EMN.

Par exemple, le point B à la figure propose une marge de pleine concurrence de 6 %. Mais cette marge de 6 % est également incluse à l'intervalle de pleine concurrence du contribuable.¹¹² Le résultat proposé par le contribuable, une marge de 2 %, n'est pas invalidé puisqu'il est aussi dans un intervalle présumé de pleine concurrence. Autrement dit, un nouvel intervalle de pleine concurrence qui se superpose à celui de l'EMN ne peut pas l'invalider car il ne rencontre pas les exigences relatives au fardeau de la preuve.

¹¹² Présumons, par design de notre exemple, que ce deuxième intervalle s'étend de 2,5 % à 10 % exprimé en termes de marges bénéficiaires.

Le point C à la figure propose une marge bénéficiaire de 8 % pour la société MEXCO. Présumons, par design de notre exemple, que ce troisième intervalle s'étend cette fois de 7,5 % à 13 %, exprimé en termes de marges bénéficiaires. La borne inférieure, en l'occurrence 7,5 %, de cet intervalle de pleine concurrence d'où provient cette marge de 8 % excède, par design, la borne supérieure de l'intervalle de pleine concurrence proposé par le contribuable qui était de 7 %. Construit dans le respect des règles applicables, ce nouvel intervalle de pleine concurrence confirmerait ainsi que l'intervalle proposé par le contribuable ne respectait pas le principe de pleine concurrence. Ce faisant, en termes de résultats, il rencontrerait les exigences du fardeau de la preuve.

Cette illustration simple est toutefois théorique. Elle a pour objectif de faire comprendre les exigences relatives au fardeau de la preuve. Dans la pratique, nous avons déjà exposé, à plusieurs reprises, à quel point il peut être difficile pour l'État de rencontrer les exigences du fardeau de la preuve dans le cas d'un prix de transfert unique. On aura donc compris de cet exemple que la tâche est significativement plus complexe lorsqu'il s'agit d'un intervalle de pleine concurrence dans lequel le prix de transfert du contribuable est inclus. S'il n'est certes pas si difficile de construire un nouvel intervalle de pleine concurrence, encore faut-il convaincre l'appareil judiciaire de sa valeur; persuader, d'une part, le tribunal que l'intervalle du contribuable ne respecte pas le principe de pleine concurrence et, d'autre part, que ce nouvel intervalle respecte, lui, ce principe. En finalité, c'est un autre exemple d'exercice du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale, habituellement avec succès.

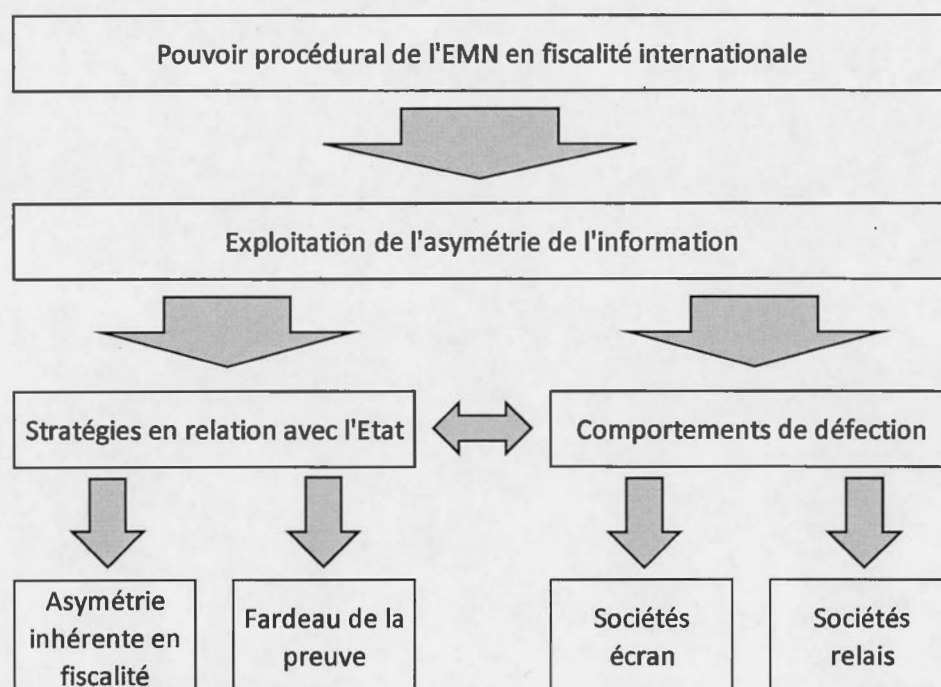
3.7 Conclusion

Notre exposé sur le principe de pleine concurrence est maintenant achevé. L'application du principe de pleine concurrence débute par une analyse de comparabilité au cours de laquelle sont analysés les cinq facteurs de comparabilité. Par la suite, l'EMN sélectionne et applique une méthode de prix de transfert, ce qui

permet, selon la méthode retenue, dans certains cas, de déterminer le prix de transfert de la transaction contrôlée ou encore, dans d'autres cas, d'établir la marge bénéficiaire de la société par actions choisie pour son application. Enfin, lorsqu'il s'agit de la détermination d'une marge bénéficiaire de pleine concurrence, une recherche d'entités comparables est nécessaire afin d'identifier cette marge.

Chacune de ces trois grandes constituantes de l'application du principe de pleine concurrence contient de nombreuses opportunités disponibles à l'EMN pour l'exercice de son pouvoir procédural.

Figure 3.16 Pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale



Selon les circonstances, nous avons observé que l'EMN peut exercer son pouvoir procédural dans le cours de sa relation avec l'État et, lorsque possible et pertinent, en éliminant partiellement ou complètement sa relation avec l'État. Pour ce faire, nous

avons illustré, à l'aide de notre cas fictif et de la jurisprudence canadienne, de nombreuses situations où l'EMN :

- exploite l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité;
- fait en sorte de transférer le fardeau de la preuve vers l'État;
- utilise des sociétés écran; et
- utilise des sociétés relais.

Notre présentation a également mis en lumière plusieurs des éléments constitutifs de l'analyse de comparabilité, de l'application d'une méthode de prix de transfert et de la recherche d'entités comparables. Nous avons ainsi relevé des éléments qui nous seront utiles lors de la comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire au prochain chapitre.

CHAPITRE IV

LA TAXATION UNITAIRE

4.1 Introduction

Le principe de pleine concurrence maintenant défini et analysé, ce chapitre s'intéresse à la taxation unitaire et à la comparaison entre les deux systèmes. Nous avons notamment observé au chapitre précédent que le principe de pleine concurrence est presque centenaire. En fiscalité internationale, son application est désormais pratiquement universelle. Dans le cas de la taxation unitaire, le portrait est tout autre.

Cette réalité, l'absence de la taxation unitaire en fiscalité internationale, a un impact sur notre exposé. Nous devons, dans une certaine mesure, présenter au lecteur une matière sur laquelle très peu de contenu pratique existe. À l'opposé du principe de pleine concurrence avec lequel nombre d'États ont composé et contribué au développement, la taxation unitaire demeure, encore de nos jours, une idée principalement théorique, ses détracteurs diraient imaginaire, à tout le moins dans le contexte de la fiscalité internationale.

Notre exposé fait donc appel à divers auteurs et chercheurs qui ont réfléchi dans les trente dernières années sur la taxation unitaire. Quelques travaux récents de l'Union européenne seront aussi mis à profit. Enfin, les formules utilisées aux États-

Unis et au Canada, en fiscalité domestique, seront mises à contribution. Dans ces pays, elles servent à répartir la base d'imposition, spécifiquement le profit imposable d'une société par actions, entre les divers états, provinces ou territoires, selon le cas.¹

Avant de débiter, un bref détour relativement à la faisabilité de la mise en œuvre de la taxation unitaire nous apparaît souhaitable. Nous avons déjà énoncé que le système de fiscalité en place, domestique et international, est avant tout chose géographique dans sa nature. Il est encadré par la territorialité géographique ou la provenance géographique du revenu. C'est donc à un État, unique souverain sur ce territoire géographique, que revient le droit d'imposer le revenu qui s'y trouve ou qui en provient, selon la situation.

Cependant, par définition, la mise en œuvre de la taxation unitaire implique une renonciation inconditionnelle de chaque État adhérent à au moins une partie de sa souveraineté nationale en matière de politique fiscale afin de la convertir en une souveraineté fiscale de type « mondial ». À cet effet, nous verrons sous peu que la taxation unitaire exige la mise en commun des profits de plusieurs entités situées dans plusieurs États souverains distincts pour ensuite en produire un partage entre ces États.

Pour l'État, cette nécessité de renoncer, au moins partiellement, à la souveraineté en matière de politique fiscale est implicite chez tous les auteurs préconisant la taxation unitaire en fiscalité internationale. Elle est néanmoins aussi jugée satisfaisante par plusieurs autres auteurs et l'OCDE, qui s'y objectent, pour en disqualifier, sur le champ, la faisabilité. En effet, dans le système westphalien en place, compte tenu du principe de souveraineté territoriale nationale absolue de l'État, il est a priori strictement impossible d'appliquer la taxation unitaire.²

¹ Runkel et Schjelderup (2007) mentionnent l'existence de systèmes semblables pour l'impôt des sociétés par actions en Allemagne et en Suisse.

² Il nous semble approprié de rappeler les deux principes fondamentaux de cette souveraineté : « la souveraineté externe (*rex est imperator in regno suo* : aucun État ne reconnaît d'autorité au-dessus de lui et tout État reconnaît tout autre État comme son égal) et [...] la souveraineté interne (*cujus regio, ejus religio* : tout État dispose de l'autorité exclusive sur son territoire et la population qui s'y trouve et

De ce fait, les pays membres de l'OCDE s'opposent officiellement à la taxation unitaire :

« Le passage à un système de répartition globale selon une formule préétablie serait donc extrêmement complexe sur le plan politique et administratif. Il nécessiterait un degré de coopération internationale qu'il n'est pas réaliste d'escompter dans le domaine de la fiscalité internationale. »³

Mais selon nous, cette objection n'est en rien suffisante pour empêcher la réflexion sur la pertinence de la taxation unitaire. Bien au contraire, nous expliquons et illustrons dans ce chapitre que même en présence d'une souveraineté fiscale de type mondial, les États adhérant à la taxation unitaire sont voués à vivre les mêmes échecs et des frustrations semblables à celles vécues dans le système actuel, ceci à cause de l'existence du pouvoir procédural de l'EMN et des nombreuses ressemblances entre les deux systèmes. En d'autres mots, le remplacement du principe de pleine concurrence par la taxation unitaire n'éliminerait pas l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État en fiscalité internationale quand bien même l'obstacle de la souveraineté territoriale serait levé.

Ces quelques lignes nous amènent aux principales prémisses que nous ne saurions ignorer dans la suite de notre exposé; des prémisses qui sont présentes en trame de fond dans l'ensemble des contributions théoriques et académiques relativement à la taxation unitaire. D'abord, nous l'avons exprimé autrement, la

aucun État ne s'immisce dans les affaires internes d'un autre État). » (Battistella 2006, p. 22). Relativement à la fiscalité, McIntyre (1992) exprime ainsi cette idée : « A formulary apportionment system cannot work at the national level unless the major governments of the world can agree on the appropriate apportionment formula or formulas. Getting such agreement is obviously a political problem as well as a technical problem. » (p. 6). Cockfield (2004) exprime également cette opinion : « [...] the system would intrude to an unacceptable extent on a nation's tax sovereignty: countries would need to reach agreement on a set of common rules at the supranational level that would determine how much revenue each state would collect from cross-border transactions. By doing so, each state would have to cede fiscal sovereignty with respect to aspects of its international income tax laws. » (p. 119). Picciotto (1992) énonce sans réserve : « [u]nitary taxation is generally seen to be unrealistic on a global scale, because it presupposes agreement on a common tax base and a common formula for allocating the profits. » (p. 65).

³ Principes de l'OCDE, paragraphe 1.24.

taxation unitaire ne peut pas simplement s'appuyer sur des négociations ad hoc entre les États adhérents à l'image de ce qui existe actuellement en fiscalité internationale : la mise en place de la taxation unitaire implique incontestablement la conversion de la souveraineté territoriale nationale, minimalement envisagée en termes de fiscalité internationale, en une souveraineté fiscale mondiale. Ensuite, il résulte de ce constat que la responsabilité du mode d'application de la taxation unitaire est forcément l'affaire des États puisque celle-ci vise à résoudre l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus, exprimés en termes d'imposition des profits de l'EMN. Une implication de l'État dès le design d'une éventuelle formule de partage de profits va donc de soi. Enfin, dans une société démocratique, la taxation unitaire passe par le respect du principe de l'autocotisation. L'EMN devrait de ce fait être également mise à contribution dès le début du processus conduit par les États adhérents, processus qui mène à sa taxation unitaire. C'est effectivement de l'EMN que proviendrait inévitablement la majorité, sinon la totalité, de l'information requise à la mise en œuvre de la taxation unitaire, une information nécessaire aux divers calculs de partage de profits.

Ce chapitre est organisé de la façon suivante. Dans un premier temps, nous définissons la notion d'entreprise unitaire. Ensuite, ce qu'est le profit consolidé aux fins de la taxation unitaire sera développé. Nous terminons avec un examen de la notion de formule de partage de profits, méthode avec laquelle s'appliquerait la taxation unitaire dans un système renouvelé de fiscalité internationale.

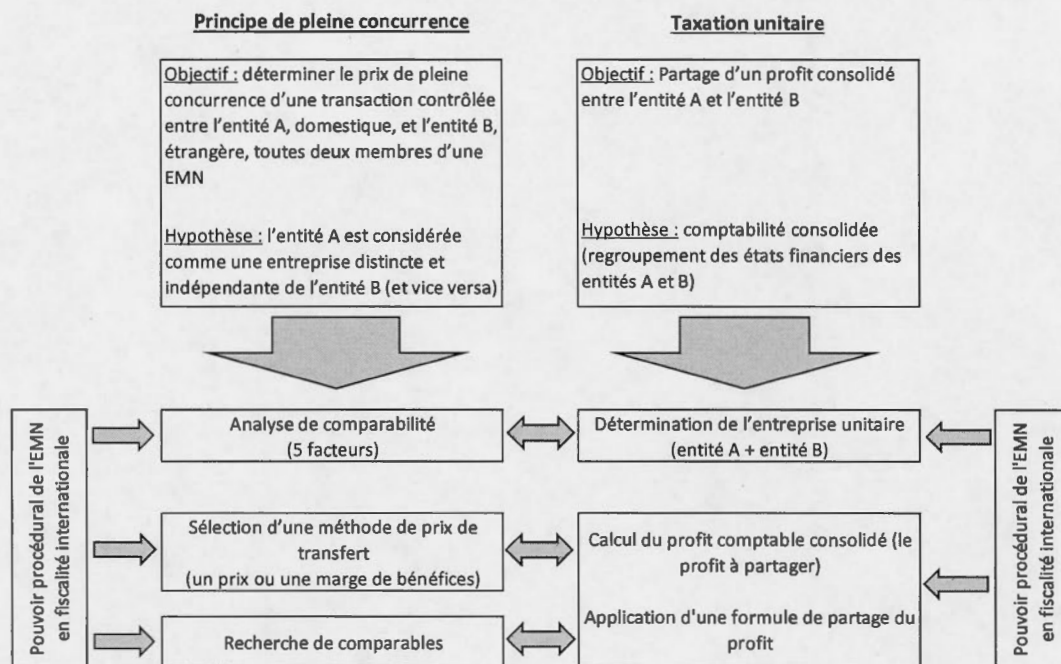
Tout au long de notre présentation, nous amorçons notre exposé par la définition et l'explication de l'élément constitutif de la taxation unitaire pour par la suite, d'une part, le mettre en comparaison avec son pendant du principe de pleine concurrence et, d'autre part, examiner si le pouvoir procédural de l'EMN trouve encore application dans le nouveau système.⁴ Cette démarche logique nous amène à expliquer et illustrer l'incapacité de la taxation unitaire à résoudre l'inadéquation observée entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État en fiscalité internationale compte tenu des comportements de l'EMN et des ressemblances entre les deux systèmes.⁵ À ce stade de l'exposé, revoici le schéma d'application du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire afin de bien situer le lecteur dans l'exercice de comparaison.

⁴ Pour le bénéfice du lecteur, rappelons une autre fois les quatre séries de stratégies qui composent le pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale :

- l'exploitation de l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité;
- le transfert du fardeau de la preuve;
- l'utilisation de sociétés écran; et
- l'utilisation de sociétés relais.

⁵ Réitérons que bien que notre exposé n'ait pas la prétention d'enseigner la technique fiscale du prix de transfert au lecteur, il nous faudra également, dans ce chapitre, illustrer les diverses étapes qu'impliquerait l'usage de la taxation unitaire. Quelques calculs simples seront donc encore au menu.

Figure 4.1 Principe de pleine concurrence et taxation unitaire



4.2 L'entreprise unitaire

De par sa définition la plus intuitive, la « taxation unitaire » consiste d'abord en une agrégation financière des résultats de l'ensemble des entités d'une même EMN. La taxation unitaire soumet ensuite ces résultats financiers agrégés, plus spécifiquement le profit, à une « formule de partage de profits ». Ce faisant, la taxation unitaire permet ainsi à chaque État adhérent d'assujettir la fraction du profit imposable de l'EMN, la part qui lui revient, à son imposition domestique. Tout comme c'est le cas pour l'application du principe de pleine concurrence, la taxation unitaire est donc un mode d'imposition fondé sur la territorialité : lorsqu'une entité de l'EMN est présente sur le territoire géographique d'un État, lorsqu'il y a un nexus dira-t-on en fiscalité, celui-ci obtient le droit à une partie du gâteau fiscal agrégé.

De la sorte, en pratique, comme nous l'indique implicitement le terme « taxation unitaire », il faut déterminer « l'entreprise unitaire », parfois nommée « l'unité », ou en d'autres mots, établir quelles entités devront effectivement être agrégées financièrement. Lors d'une deuxième étape préliminaire, il faut calculer le profit, un profit comptable consolidé, qui sera à partager, à l'aide d'une formule, entre les États adhérant à la taxation unitaire. À première vue simples, ces deux processus exigent en fait davantage d'efforts des États adhérents et d'informations de l'EMN qu'il n'y paraît. Cette section approfondit la notion d'entreprise unitaire tandis que la suivante se penchera sur la consolidation comptable du profit des entités incluses à cette entreprise unitaire, profit par la suite à partager entre les États adhérents.

Le premier processus, celui de la détermination de l'entreprise unitaire, a pour objectif d'établir le groupe d'entités sur lequel portera la formule de partage de profits. De prime abord, on pourrait facilement imaginer que l'entreprise unitaire devrait représenter l'ensemble des entités regroupées au sein d'une même EMN. Mais est-ce le cas dans les faits? Par exemple, une entité qui utiliserait le nom d'une société par actions (un franchiseur), à titre de franchisé, devrait-elle alors être incluse à l'entreprise unitaire de ce franchiseur aux fins de la taxation unitaire?

Intuitivement, il va de soi que non puisqu'il s'agit d'une situation où les entreprises sont indépendantes, agissent sur un marché de pleine concurrence. On peut, par exemple, penser à tous les épiciers ou restaurateurs franchisés d'une chaîne commerciale de renom quelconque. Chaque franchisé est une société par actions totalement indépendante du franchiseur en dépit des contrats d'approvisionnement et des redevances, sans aucun doute, payables en retour de l'utilisation de la marque de commerce et des outils promotionnels du franchiseur. Aussi élémentaire qu'il puisse sembler, cet exemple du franchiseur et du franchisé a pourtant été contesté dans la

pratique par l'administration fiscale canadienne, mais sans succès.⁶ Bref, cet exemple illustre que certains critères, idéalement neutres et objectifs, sont nécessaires à la détermination de l'entreprise unitaire pour une éventuelle application en fiscalité internationale.

À ce titre, Hellerstein (1983), McLure (1983), Gordon et Wilson (1986), Weiner (1999), Li (2002), Hellerstein et McLure Jr. (2004) ainsi que Avi-Yonah et Clausing (2007) présentent les principales options possibles pour effectuer cette détermination de l'entreprise unitaire. Agundez-Garcia (2006) fait de même dans le cadre des travaux de l'Union européenne sur cette question.⁷ Dans l'ensemble de ces contributions, deux approches sont généralement admises afin d'établir l'entreprise unitaire : l'approche légale et l'approche économique. Les sous-sections qui suivent présentent ces deux approches.

Mais de nouveau, histoire de bien situer le lecteur, nous ne ferons durer aucun suspense : nous verrons dans les pages qui viennent que la détermination de l'entreprise unitaire est un processus qui, dans sa finalité, équivaut à une analyse fonctionnelle telle que le propose l'analyse de comparabilité des Principes de l'OCDE. Il s'agit donc d'une démarche qui fait face aux mêmes obstacles, du point de vue de l'administration fiscale, en ce qui a trait à l'asymétrie de l'information favorisant l'EMN. La détermination de l'entreprise unitaire offre par conséquent à l'EMN de nombreuses opportunités d'exercer son pouvoir procédural avec succès.

⁶ Les notes de David Sherman sous le paragraphe 256(5.1) de *La loi du praticien: Loi de l'impôt sur le revenu 2012*, 26^e édition, relate que la Cour canadienne de l'impôt a dû confirmer l'indépendance commerciale du franchisé face au franchiseur dans la cause *Lenester Sales Ltd. c. La Reine*, 2003 CCI 531, ensuite portée en appel par l'administration fiscale canadienne, et de nouveau perdue (*Canada c. Lenester Sales Ltd.*, 2004 CAF 217). Ces deux décisions sont disponibles en ligne à <http://www.canlii.org/>.

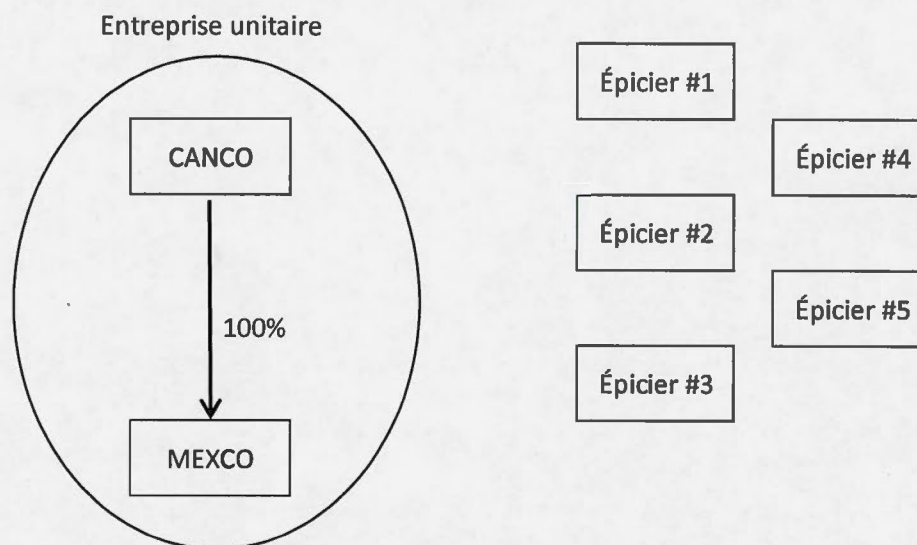
⁷ Lorsqu'il s'agit des éléments propres à l'entreprise unitaire, cette section s'inspire notamment de ces contributions. Les références au contexte canadien et les rapprochements avec le principe de pleine concurrence, sauf mention contraire, sont toutefois exclusivement de nous.

4.2.1 L'approche légale

La détermination de l'entreprise unitaire, effectuée à l'aide de l'approche légale, consiste à combiner, dans un même ensemble, toutes les entités assujetties à un certain niveau de « contrôle » direct ou indirect par la maison-mère. Dit simplement, on entend par contrôle, la situation où une société par actions possède plus de 50 % des actions avec droit de vote d'une autre société par actions. En termes communs, la société par actions est alors propriétaire de l'autre société par actions; elle n'est plus seulement un de ses actionnaires. Cette définition est évidemment conséquente avec notre définition de l'EMN présentée au chapitre 2.⁸ En possédant plus de 50 % des actions avec droit de vote, cela permet à l'actionnaire-propriétaire de diriger les activités de l'entité, donc d'exercer son contrôle.

Dans notre cas fictif d'origine, la société MEXCO, productrice de tomates, est assurément un membre de l'entreprise unitaire incluant la société CANCO puisque cette dernière est l'actionnaire unique de MEXCO; elle en détient toutes les actions avec droit de vote. Cependant, les épiciers de libre marché auxquels la société CANCO vend des tomates au Canada sont définitivement des entreprises indépendantes de CANCO. Elles ne font pas partie de l'entreprise unitaire constituée par CANCO et ses filiales. La société CANCO n'est pas actionnaire ni propriétaire de ces entreprises indépendantes.

⁸ Nous écrivions alors : « [l']EMN, du point de vue fiscal, est par conséquent constituée d'un « [g]roupe d'entreprises associées ayant des installations d'affaires dans deux ou plusieurs pays. » (Principes de l'OCDE, édition 2010, glossaire, p. 28). L'EMN existe de la sorte lorsque nous sommes en présence d'au moins deux entités distinctes, au plan juridique, et que l'une exerce un quelconque contrôle sur l'autre; lorsqu'elles sont donc associées. » (voir plus haut, pp. 88-9).

Figure 4.2 L'entreprise unitaire CANCO-MEXCO ⁹

Mais en fiscalité corporative, rien n'est malheureusement aussi simple dans la pratique. Au Canada, par exemple, la notion de contrôle trouve application dans un certain nombre de provisions spécifiques de la LIR auxquelles s'ajoute la jurisprudence canadienne. Mais cette législation et la jurisprudence qui y est associée sont relativement complexes. ¹⁰ La complexité grandissante des provisions législatives canadiennes sur le contrôle s'explique par le fait qu'elles visent notamment à combattre les effets, jugés indésirables par l'État, des opérations de roulement, d'acquisition, d'échange et de vente d'actions ainsi que celles relatives aux réorganisations corporatives (fusions et liquidations), de plus en plus

⁹ Par convention, on représente habituellement la propriété des actions avec droit de vote d'une société par actions à l'aide d'une flèche unidirectionnelle accompagnée du pourcentage de participation de l'actionnaire dans cette société. Tout au long de ce chapitre, nous utiliserons cette convention.

¹⁰ Pour un aperçu général de ces règles au Canada, le lecteur pourra consulter les articles 251 et 256 de la LIR.

sophistiquées.¹¹ Il semble que les contribuables soient constamment à la recherche de procédés, manœuvres et techniques afin de contourner les règles édictées par la LIR sur la notion de contrôle.¹²

Exprimé en termes simples, ce jeu du chat et de la souris, relatif au contrôle, se développe autour des avantages fiscaux disponibles, dans certains cas, en situation de contrôle et, en d'autres cas, lorsqu'il n'y a pas présence de contrôle. Il s'agit donc, pour le contribuable, habituellement une société par actions, d'utiliser l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité de façon à s'adjuger des avantages fiscaux qui ne pourront être contestés qu'en cas de vérification si, bien sûr, l'administration fiscale rencontre les exigences du fardeau de la preuve. Ce qu'il faut saisir, à la lumière de la jurisprudence déjà exposée, c'est plus une opération est complexe, plus le fardeau de la preuve devient exigeant à rencontrer pour l'État.

Par exemple, en fiscalité canadienne, la notion de contrôle est utile pour déterminer l'admissibilité à la déduction accordée aux petites entreprises (la « DAPE ») en vertu du paragraphe 125(1) de la LIR. L'admissibilité à la DAPE est un important avantage fiscal accordé à certains types de sociétés par actions qui peut venir réduire très significativement l'impôt à payer au Canada. Dans ce cas précis, deux sociétés par actions, dont l'une contrôle l'autre, gagnent alors à structurer leurs activités commerciales de sorte que ce contrôle n'existe pas ou encore à tenter de l'éliminer.¹³

¹¹ La plupart de ces opérations comporte un degré élevé de technicité dont les modalités précises dépassent l'objet de ce texte. Selon le cas, en fiscalité domestique canadienne, les principales provisions législatives applicables sont prévues aux articles 44.1, 51, 84.1, 85, 85.1, 86, 87 et 88 de la LIR. Les articles 93 et 95 peuvent également trouver application pour les opérations concernant les actions de sociétés étrangères affiliées.

¹² Pour un aperçu de la jurisprudence canadienne, toujours en évolution, le lecteur pourra se référer aux notes de David Sherman sous les paragraphes 111(5), 251(1) et 256(5.1) de *La loi du praticien*, *op. cit.* Le contenu de cette jurisprudence excède l'objet de notre exposé.

¹³ Les techniques afférentes à ce procédé d'élimination du contrôle dépassent évidemment l'objet de notre exposé. Le lecteur est de nouveau invité à se référer aux notes de David Sherman sous les paragraphes 251(1) et 256(5.1) de *La loi du praticien*, *op. cit.*, pour des exemples.

Dans d'autres situations, une société par actions peut s'approprier le contrôle sur une autre société par actions afin de se procurer un avantage fiscal qui ne lui serait pas autrement disponible. Par exemple, au Canada, la plupart des pertes sont généralement déductibles à l'encontre des revenus lors du calcul de l'impôt à payer, plus précisément lors du calcul du revenu imposable. Pour une société par actions rentable, il peut donc s'avérer intéressant de se procurer les actifs d'une autre société par actions, cette fois déficitaire, en achetant ses actions avec droit de vote à prix faible, afin d'en utiliser, suite à d'autres manœuvres comptables et fiscales, les pertes corporatives à l'encontre de ses propres profits. Le paragraphe 111(5) de la LIR proscrit évidemment ce type de tactiques fiscales. Mais encore faut-il en établir une preuve à cet effet en cas de litige juridique.

Ces deux exemples illustrent des situations, somme toute assez simples au premier coup d'œil, dans le contexte de la fiscalité corporative canadienne, ne faisant intervenir que deux sociétés par actions. Dans la réalité, un organigramme corporatif où, uniquement au Canada, la société mère serait actionnaire, direct ou indirect, de plus de 20 filiales canadiennes n'est pas hors de l'ordinaire. On n'a qu'à penser à l'incorporation d'une entité dans chaque province et territoire canadiens auxquelles s'ajouteraient quelques entités spécialisées supplémentaires pour atteindre ce nombre. En d'autres mots, les opportunités de déplacement du contrôle peuvent s'avérer nombreuses et variées, même dans le contexte domestique, selon les objectifs poursuivis par l'actionnaire.

Dans le contexte de la fiscalité internationale, Hellerstein et McLure (2004) soulignent ainsi que si la détermination de l'entreprise unitaire à l'aide de l'approche légale apparaît administrativement intéressante, elle ouvre néanmoins la porte à de nombreuses manœuvres corporatives par l'EMN afin d'atteindre un résultat précis ou pour se soustraire à certaines conséquences fiscales. En fiscalité internationale, certains de ces procédés peuvent d'ailleurs être des plus faciles à mettre en place. Par exemple, dans une approche légale où le contrôle serait défini par la possession de

100 % des actions avec droit de vote d'une autre société par actions, Agundez-Garcia (2006) note que l'EMN pourrait organiser ses activités commerciales de telle sorte que certaines entités soient simplement possédées à moins de 100 %. Ce faisant, la planification fiscale demeurerait disponible grâce à des transactions contrôlées, à l'instar de ce que permet présentement le principe de pleine concurrence, avec ces entités ainsi exclues de l'entreprise unitaire.¹⁴ Cette façon d'exercer son pouvoir procédural par l'EMN demeure viable pour presque tout niveau de contrôle (25 %, 50 %, etc.) que l'on pourrait envisager dans un système de taxation unitaire. Cockfield (2004) relate dès lors que la détermination de l'entreprise unitaire pourrait s'avérer davantage onéreuse que l'utilisation du principe de pleine concurrence.¹⁵

La nécessité de provisions anti-évitement

De ce fait, afin de contrer les manœuvres corporatives fiscalement avantageuses qu'accomplit l'EMN, l'élaboration de provisions législatives anti-évitement est suggérée par divers auteurs. Celles-ci ont pour objectif d'assurer une application réussie de l'approche légale lors de la détermination de l'entreprise unitaire.¹⁶ Ces provisions devraient néanmoins avoir force de loi dans l'ensemble des pays où s'appliquerait la taxation unitaire. Leur mise en œuvre devrait de plus être uniforme, puisqu'en d'autres cas, elles seraient sans effet durable ou réel sur les contribuables

¹⁴ En anglais : « For example, delineating the group based on a high-percentage ownership threshold increases the potential for transfer pricing strategies seeking to move profits out of or into the taxable group: the controlled – but non-group – affiliates can be used to shift profits as long as transactions between a particular group member and those controlled entities excluded from consolidation remain subject to SA [separate accounting] and arm's length pricing. » (pp. 12-13).

¹⁵ En anglais, il écrit : « Detractors also maintain that formulary taxation could increase compliance and enforcement burdens and present insurmountable hurdles in determining what is a "unitary enterprise." »¹⁰ » (p. 118). La note 10 à la citation fait référence à Brown, John S., 1994, « Formulary Taxation and NAFTA », *Tax Law Review*, Vol. 49, No. 4, pp. 759-68.

¹⁶ Voir par exemple Hellerstein et McLure (2004) et Agundez-Garcia (2006) à ce sujet.

qui n'auraient qu'à ajuster leurs comportements au gré de leur application respective dans chaque pays adhérent à la taxation unitaire.¹⁷

Au Canada, comme dans la plupart des pays industrialisés, rappelons que la LIR contient un nombre relativement important de provisions anti-évitement spécifiques en plus d'une règle générale anti-évitement (RGAÉ).¹⁸ Cette dernière, la RGAÉ, fait régulièrement l'objet de jurisprudences, une jurisprudence dont les orientations demeurent en évolution comme l'explique Arnold (2004).¹⁹ Un examen de cette jurisprudence, au moment d'écrire ces lignes, confirme que le contribuable pourrait vraisemblablement œuvrer à l'organisation de ses activités dans le but de minimiser sa charge globale d'impôts à payer en taxation unitaire même en présence de provisions anti-évitement, ce qui aura pour conséquence de frustrer les objectifs des États adhérents, à l'image de ce qui s'observe dans le système actuel.

En d'autres mots, la jurisprudence sur la RGAÉ illustre que rencontrer le fardeau de la preuve, lorsqu'il est question d'évitement fiscal, n'est pas une mince affaire. Les critères d'application de la RGAÉ identifiés par la Cour suprême du Canada sont révélateurs à ce sujet. Ils occasionnent un fardeau de la preuve extrêmement exigeant pour l'administration fiscale canadienne. Dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada* (2005), le tribunal écrit notamment au paragraphe 66 de son prononcé :

¹⁷ Un ou plusieurs niveaux de tribunaux internationaux deviennent dès lors également nécessaires pour entendre les litiges et établir la jurisprudence essentielle au bon fonctionnement de ces provisions législatives. En dépit des énormes défis que cela révèle, nous ferons l'hypothèse que cela n'entrave en rien la faisabilité de la mise en œuvre de la taxation unitaire pour la suite de notre exposé.

¹⁸ La RGAÉ est formulée à l'article 245 de la LIR. La plupart des règles spécifiques anti-évitement prévues à la LIR s'adresse à la fiscalité corporative. Par exemple : le paragraphe 55(2) sur la présomption de gain en capital, le calcul du capital versé aux paragraphes 85(2.1) et 86(2.1) et les restrictions sur le dividende en capital aux paragraphes 83(2.1) à 83(2.4). Quelques provisions concernent davantage les particuliers, telles que les règles d'attribution du revenu qui visent à éviter le fractionnement du revenu entre plusieurs personnes de manière à payer l'impôt à un taux d'imposition statutaire moindre sur davantage de revenus (articles 74.1, 74.2, 74.3, 74.4 et 74.5).

¹⁹ Parce qu'elle demeure en évolution, le lecteur pourra consulter les notes de David Sherman sous le paragraphe 245(2) de *La loi du praticien*, *op. cit.*, à cet effet ou une édition subséquente pour plus de détails.

« L'approche relative à l'art. 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* peut se résumer ainsi.

1. Trois conditions sont nécessaires pour que la RGAÉ s'applique :

- (1) il doit exister un *avantage fiscal découlant d'une opération* ou d'une série d'opérations dont l'opération fait partie (par. 245(1) et (2));
- (2) l'opération doit être une *opération d'évitement* en ce sens qu'il n'est pas raisonnable d'affirmer qu'elle est principalement effectuée pour un objet véritable — l'obtention d'un avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;
- (3) il doit y avoir eu *évitement fiscal abusif* en ce sens qu'il n'est pas raisonnable de conclure qu'un avantage fiscal serait conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable.

2. Il incombe au contribuable de démontrer l'inexistence des deux premières conditions, et au ministre d'établir l'existence de la troisième condition.

3. S'il n'est pas certain qu'il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable. [...] » [*Italiques dans le texte*]²⁰

Pour le contribuable, démontrer l'inexistence de ces deux premières conditions est plus aisé qu'il n'y paraît. Le contribuable n'a qu'à faire la démonstration que l'opération effectuée ne poursuit pas uniquement des visées fiscales. Ainsi, dans le cas d'une société par actions, dès qu'il existe un motif d'une nature plus ou moins commerciale dans une transaction, c'est-à-dire un motif autre que l'obtention exclusive directe ou indirecte d'un avantage fiscal, cette démonstration est chose faite.²¹

²⁰ Ce sont les notes de David Sherman sous le paragraphe 245(2) de *La loi du praticien*, *op. cit.*, qui font référence à l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 RCS 601, disponible en ligne à <http://www.canlii.org/>.

²¹ Notre affirmation est une généralisation à partir des cas où la RGAÉ ne s'est finalement pas appliquée au contribuable. C'est évidemment dans les nuances de chaque cause où la RGAÉ a été invoquée sans succès par l'administration fiscale canadienne que l'on retrouve les éléments spécifiques

C'est du côté de l'administration fiscale que le fardeau de la preuve à rencontrer s'avère considérablement plus exigeant. Il faut d'abord démontrer que l'avantage fiscal que s'octroie le contribuable contrevient à la LIR, en plus d'être « abusif », tout en tenant compte du fait que le contribuable détient le droit d'organiser ses affaires de façon à minimiser sa charge d'impôts à payer.²² L'administration fiscale doit de plus faire cette démonstration sans qu'aucun doute raisonnable ne puisse subsister à l'égard des intentions du contribuable. Bref, à l'image des angoisses avec lesquelles compose l'État dans le système de fiscalité internationale actuel, nous ne pouvons que constater les énormes défis auxquels il ferait face dans ce nouveau système de taxation unitaire fondée sur l'approche légale pour la détermination de l'entreprise unitaire et ce, malgré la présence de règles anti-évitement.²³

4.2.2 L'approche économique

Dès lors, même en faisant abstraction des problèmes soulevés par l'évitement fiscal, il demeure généralement admis par les auteurs et les chercheurs que déterminer l'entreprise unitaire en des termes économiques est une approche « supérieure », du moins en théorie, à ce que permet l'approche légale.²⁴ Parmi les éléments justifiant sa supériorité, l'approche économique permet, d'un point de vue théorique, de tenir compte de l'internalisation des coûts, de l'information et de divers autres avantages concurrentiels possédés par l'EMN.

permettant au contribuable de rencontrer les exigences en termes de fardeau de la preuve relativement à ces deux premières conditions.

²² Sur ce principe jurisprudentiel, on se rappellera de la cause *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster (1936)*, précédemment citée, qui fut plus récemment confirmée dans l'arrêt *Shell Canada ltée c. Canada (1999)*, également déjà cité.

²³ Notons de nouveau que ces observations n'ont pas pour objectif de diminuer la pertinence ou encore la crédibilité de la taxation unitaire, simplement d'exposer certaines des contraintes significatives qu'exigeraient sa mise en place réussie à l'aide de l'approche légale.

²⁴ Hellerstein et McLure (2004) développent l'argumentation sur la « supériorité » de l'approche économique en des termes techniques aux pages 203-5.

Elle répond ainsi à l'une des principales critiques adressées au principe de pleine concurrence à savoir que l'EMN, par définition, est constituée puisque certaines transactions sont économiquement impossibles à réaliser sans cette structure organisationnelle spécifique.²⁵ Par exemple, Agundez-Garcia (2006) explique que les économies d'échelle génèrent habituellement une marge bénéficiaire plus élevée à leur détenteur.²⁶ En créant l'entreprise unitaire, les économies d'échelle se retrouvent « automatiquement » incluses à cet ensemble; autrement dit, elles sont internalisées. Cela fait contraste avec l'application de la comptabilité séparée, spécifique au principe de pleine concurrence, univers dans lequel on peut difficilement quantifier les économies d'échelle, encore moins identifier quelle entité participant à une transaction contrôlée devrait en bénéficier, donc voir sa marge bénéficiaire améliorée.²⁷

On retrouve une description des grandes lignes de l'approche économique chez McLure (1984) ainsi que Avi-Yonah et Clausen (2007).²⁸ Dans sa plus simple expression, la détermination de l'entreprise unitaire à l'aide de l'approche économique consiste, d'une part, à inclure à l'ensemble d'entités, qui seront assujetties à la taxation unitaire, toutes celles faisant partie d'un ensemble

²⁵ Sur ce point précis, déjà présenté, nous avons fait référence aux travaux Wickham et Kerester (1992), Higinbotham et Levey (1998), Graetz (2001), Sadiq (2004) et Durst (2010).

²⁶ En termes simples, la notion d'économie d'échelle s'exprime comme une diminution du coût unitaire d'un bien ou d'un service au fur et à mesure que le volume de sa production augmente. On associe communément les économies d'échelle à une production de type manufacturier, bien que tout genre de production faisant intervenir des coûts fixes relativement importants soit, a priori, susceptible de générer éventuellement des économies d'échelle. Cette diminution du coût unitaire explique l'augmentation de la marge bénéficiaire.

²⁷ En anglais, Agundez-Garcia (2006) écrit: « [...] the economies of scale or scope resulting from internal economic interconnection within the group (for instance, due to enhanced information flow, managerial efficiency, lower purchasing costs, etc.) result in higher profits to such a group than the sum of the profits obtained by its individual parts when they operate independently, and such "excess profits" cannot be assigned using SA [separate accounting]. » (p. 13).

²⁸ Comme l'indique Agundez-Garcia (2006), McLure (1984) reprend également son argumentation dans McLure, Charles E., Jr., 2002, « Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment », *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 56, pp. 586-599; et McLure, Charles E., Jr., 2005, « The European Commission's Proposals for Corporate Tax Harmonization », *CESifo Forum* 1/2005, pp. 32-41.

économique dit « intégré ». D'autre part, tout comme pour l'approche légale, chaque entité incluse à l'ensemble doit également être contrôlée directement ou indirectement par la maison-mère.²⁹ C'est ainsi un assortiment de faits et de circonstances qui viendra déterminer quelles entités seront à inclure dans l'entreprise unitaire.³⁰ Pour les fins de notre exposé, nous allons nous attarder brièvement sur deux notions précises : le contrôle dans le contexte de l'approche économique et l'intégration économique.

Le contrôle

Lors de l'application de l'approche économique, le contrôle se détermine de la même façon qu'au cours de l'utilisation de l'approche légale : on s'intéresse à la propriété juridique des actions avec droit de vote de la société par actions potentiellement à inclure dans l'unité. Cependant, lorsqu'est appliquée l'approche économique pour déterminer l'entreprise unitaire, on envisage que le contrôle direct ou indirect, sur une société par actions spécifique, peut s'exercer grâce à la détention d'une très faible proportion des actions avec droit de vote. Agundez-Garcia (2006) explique :

« le contrôle peut exister même lorsque l'actionnaire possède une faible proportion des actions; par exemple, le contrôle effectif peut résulter de la possession d'un bloc suffisant d'actions avec droit de vote qui permet d'exercer une influence significative sur la société par actions. »³¹

²⁹ En taxation unitaire, la notion de contrôle ne peut jamais être ignorée, même dans une approche économique lors de la détermination de l'entreprise unitaire, puisqu'elle permet d'éviter, parmi d'autres exemples possibles, une situation telle que celle du franchiseur et du franchisé présentée précédemment.

³⁰ Par exemple, Avi-Yonah et Clausing (2007) expliquent « [w]e would suggest a test of unitary business that depends on whether the subsidiary operates under the legal and economic control of the parent. [...] Such a test would look at factors such as where overall business strategy is set, the extent to which risk of loss is shared, and the extent to which there are transfers of goods and services among the constituent units of an MNE. » (p. 20).

³¹ En anglais : « Control might be deemed to exist even at a lower threshold than the majority ownership percentage: for instance, effective control can result from the holding of a large minority

Ainsi, dans le monde financier, une détention de 10 % des actions avec droit de vote d'une société par actions est habituellement jugée suffisante pour exercer une « influence significative » sur celle-ci. En fiscalité canadienne, on retrouve également cette proportion relativement faible de 10 % dans la définition d'une « société étrangère affiliée » pour l'application du régime du revenu étranger accumulé tiré de bien (REATB), une autre des pierres d'assise du régime canadien de fiscalité internationale.³² C'est donc dire que cette proportion de 10 % semble être un minimum assez largement répandu pour présumer de l'existence d'un « contrôle » par le biais d'une « influence significative ».

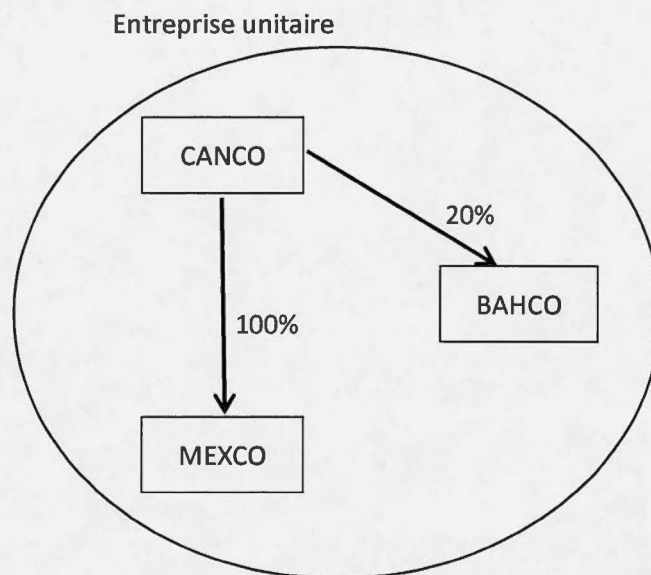
Bien qu'elle soit jugée théoriquement supérieure, l'approche économique ne s'applique toutefois pas sans quelques heurts en ce qui a trait à la notion de contrôle. Reprenons notre cas fictif pour illustrer nos propos. Dans notre exemple d'origine, le producteur de tomates MEXCO est détenu à 100 % par la société CANCO. En d'autres mots, la société CANCO possède 100 % des actions avec droit de vote de la société MEXCO qui fait dès lors partie de l'entreprise unitaire.

Supposons maintenant que CANCO détient 20 % d'une autre société par actions, la société BAHCO, située aux Bahamas, qui s'occupe notamment de sa comptabilité corporative. Par application stricte de l'approche légale, la société BAHCO ne serait vraisemblablement pas incluse à l'entreprise unitaire puisque détenue à hauteur de seulement 20 %. Mais la détermination de l'entreprise unitaire à l'aide de l'approche économique inclurait la société BAHCO à l'entreprise unitaire puisque celle-ci est sous l'influence significative de la société CANCO qui en détient un bloc important d'actions avec droit de vote, un bloc de plus de 10 %.

interest. In general, control exists if the parent entity exercises some significant influence on the affiliates to reach its own objectives. » (p. 12).

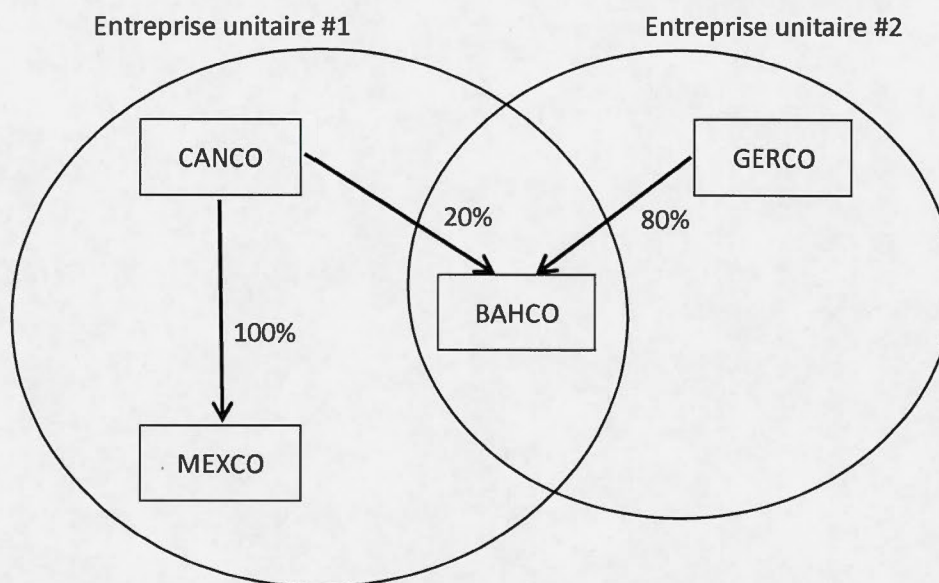
³² Paragraphe 95(1) de la LIR.

Figure 4.3 L'entreprise unitaire CANCO-MEXCO-BAHCO



Par application de l'approche économique, la société BAHCO serait ainsi incluse à l'entreprise unitaire constituée par les sociétés CANCO et MEXCO. Mais, dans un système renouvelé de fiscalité internationale fondé sur la taxation unitaire, il se trouve que la ou les entités qui possèdent les 80 % d'actions avec droit de vote restantes de la société BAHCO devraient probablement aussi inclure cette dernière à leur entreprise unitaire respective. Cela pourrait, par exemple, être une société par actions située en Allemagne, la société GERCO, qui détiendrait les 80 % d'actions avec droit de vote restantes. Cet exemple simple illustre que les profits de la société BAHCO seraient de la sorte inclus à plus d'une entreprise unitaire distincte, celle de CANCO et celle de GERCO, ce qui équivaut alors à une situation de double imposition des profits de la société BAHCO.

Figure 4.4 Deux entreprises unitaires distinctes



Il est évidemment possible de faire valoir que seule une proportion du profit de la société BAHCO pourrait être incluse dans chaque entreprise unitaire. Cela éliminerait, en principe, le problème de la double imposition des profits de la société BAHCO.³³ Considérée sous cette perspective, la société CANCO devrait donc obtenir une proportion du profit de la société BAHCO compte tenu des fonctions accomplies par cette dernière pour cette première. Le même raisonnement est bien sûr applicable dans le cas de la société GERCO. Cette détermination fait de la sorte appel à une démarche semblable à celle proposée dans le système actuel : une analyse fonctionnelle est requise. Tel que nous l'avons exposé au chapitre précédent, les États

³³ Hellerstein et McLure (2004) de même que Agundez-Garcia (2006) analysent les aspects techniques de cette question de l'inclusion, dans l'entreprise unitaire, des sociétés étrangères affiliées qui ne sont pas détenues à 100 % par la maison-mère. Ces auteurs concluent, sans toutefois le définir, qu'un « mécanisme d'ajustement » devrait être développé afin de tenir compte des « intérêts minoritaires » dans une société par actions, c'est-à-dire les intérêts de ceux qui détiennent des actions avec droit de vote sans pour autant nécessairement contrôler la société par actions (par le biais d'une possession de plus de 50 % des actions avec droit de vote).

adhérents font alors face aux mêmes difficultés et à des obstacles analogues à ceux rencontrés pour l'application du principe de pleine concurrence.

Dans une perspective plus générale, pour l'application du principe de pleine concurrence, l'analyse fonctionnelle visait à déterminer le mix fonctions, risques et actifs de chaque entité participant à une transaction contrôlée. En taxation unitaire, la démarche consiste plutôt à définir l'ensemble économique dit « intégré » lors de l'application de l'approche économique. C'est cette perspective d'analyse spécifique qui consacre, selon les auteurs, sa supériorité sur l'approche légale. Néanmoins, c'est également ce qui fait converger de façon décisive le processus de détermination de l'entreprise unitaire avec celui de l'analyse fonctionnelle, prévu dans le système actuel, tel que nous allons maintenant l'illustrer.

L'intégration économique

En taxation unitaire, après avoir établi la présence du contrôle, l'approche économique de détermination de l'entreprise unitaire suggère que chaque entité, consignée à l'ensemble, doit maintenir des « relations d'affaires régulières » avec la maison-mère ou encore avec une ou plusieurs autres entités incluses à l'ensemble. On parle alors de la notion « d'intégration économique » des entités aux fins de la taxation unitaire. Afin d'établir l'intégration économique, une analyse des activités commerciales de chacune des entités potentiellement à inclure à l'entreprise unitaire sera requise par les administrations fiscales qui adhèrent à la taxation unitaire.

Par exemple, dans le contexte d'une EMN, cela pourrait être l'analyse d'une entité dont la relation avec la maison-mère en est une de fournisseur de services, de produits agricoles ou de biens manufacturiers, une société de financement, une société d'assurance, un centre de R&D, une société de gestion des marques de

commerces et des brevets, un centre de distribution de produits, une compagnie d'entreposage, etc.³⁴

Dans la pratique, cette notion de « relations d'affaires régulières », visant à établir s'il y a intégration économique, est un peu plus subjective qu'on pourrait le concevoir. Dès les années 1930 et 1940, aux fins de l'administration de la taxation unitaire aux États-Unis, les tribunaux américains ont été saisis de quelques litiges portant sur l'inclusion d'une entité à l'entreprise unitaire.³⁵ Weiner (1999) recense les principaux cas de la jurisprudence américaine de cette époque desquels proviennent trois « tests d'unité », apparemment impartiaux, pour la détermination d'une entreprise unitaire à l'aide de l'approche économique :

- l'entité comme partie intégrée de l'EMN;
- l'entité comme partie intégrée des fonctions centralisées de l'EMN; et
- l'entité comme partie intégrée des opérations économiques de l'EMN.³⁶

L'entité comme « partie intégrée de l'EMN » s'observe lorsqu'une entité corporative est effectivement contrôlée directement ou indirectement par sa maison-mère. C'est donc un test de contrôle effectué par l'identification des détenteurs juridiques des actions avec droit de vote d'une société par actions, ce que nous avons déjà analysé plus haut. Les deux autres tests proposés par la jurisprudence ont pour prétention de rendre également neutre et factuelle l'analyse des relations d'affaires

³⁴ Rappelons encore une fois que l'EMN a pour fonction d'internaliser tous les types de coûts et d'informations utiles à l'augmentation de sa marge bénéficiaire, donc pertinents à la maximisation de son profit. Il n'est pas étonnant de retrouver dans une EMN de nombreuses entités exerçant des fonctions spécialisées.

³⁵ À ce stade, on notera que, selon les circonstances, un contribuable pourra souhaiter soustraire une entité de l'entreprise unitaire si cela permet d'y engranger des profits minimalement ou encore pas du tout imposés. Nous reviendrons sous peu sur cet aspect.

³⁶ C'est en fait la Cour suprême de Californie, en 1941, dans la cause *Butler Bros.*, qui définit comme suit ces trois tests : « [I]t is our opinion that the unitary nature of the appellant's business is definitely established by the presence of the following circumstances: (1) unity of ownership, (2) unity of operation as evidenced by central purchasing, advertising, accounting and management divisions, and (3) unity of use in its centralized executive force and general system of operation. » (Weiner 1999, p. 31).

entre les entités de l'EMN, l'analyse de l'intégration économique entre ces entités. Ils visent à en éliminer la subjectivité autant que se peut.

Le deuxième test ou critère, « l'entité comme partie intégrée des fonctions centralisées de l'EMN », suggère qu'une entité corporative sera intégrée à l'entreprise unitaire lorsque les fonctions stratégiques, administratives et corporatives de cette entité sont en fait centralisées ou peuvent de facto être centralisées vers la maison-mère de l'EMN. Dit autrement, une entité devrait être incluse à l'unité lorsqu'elle ne peut pas agir commercialement de façon pleinement autonome. Par exemple, lorsqu'une entité corporative bénéficie de l'expertise d'une autre entité, elle devrait être comprise dans l'entreprise unitaire.

Pour l'application concrète de ce critère en taxation unitaire, il s'agit en premier lieu d'établir si certains types d'opérations sont effectivement centralisés, au sein d'une EMN, grâce à l'examen des fonctions accomplies par les diverses entités de l'ensemble corporatif. Cela amène de la sorte les États adhérents à effectuer une analyse fonctionnelle de l'EMN, plus précisément de ses nombreuses entités, en des termes semblables à ce que suggèrent les Principes de l'OCDE. En deuxième lieu, lorsqu'applicable, il est nécessaire d'identifier les entités qui bénéficient incontestablement de la centralisation de certaines fonctions.

Cette analyse en deux temps fait donc face aux mêmes types de défis, problèmes et obstacles que ceux déjà recensés dans le chapitre précédent relativement à l'analyse fonctionnelle.³⁷ De plus, même lorsque ces divers inconvénients relatifs à cette analyse en deux temps sont résolus, le critère en lui-même n'est pas sans faiblesse : il postule en effet qu'en cas de centralisation des fonctions stratégiques, administratives et corporatives, les entités corporatives bénéficiant de ces services centralisés, offerts par la maison-mère, doivent être incluses à l'entreprise unitaire. L'ennui que cela pose, d'un point de vue pratique, peut se concevoir ainsi : un tel

³⁷ Nous reviendrons en détail sur cette affirmation sous peu.

critère pourrait facilement donner lieu à l'existence de plusieurs entreprises unitaires au sein d'une même EMN puisque cette dernière tend à décentraliser, mais seulement partiellement, certaines fonctions commerciales. D'autres, par exemple la gestion de marques de commerce, une activité également stratégique, demeurent fortement centralisées.³⁸

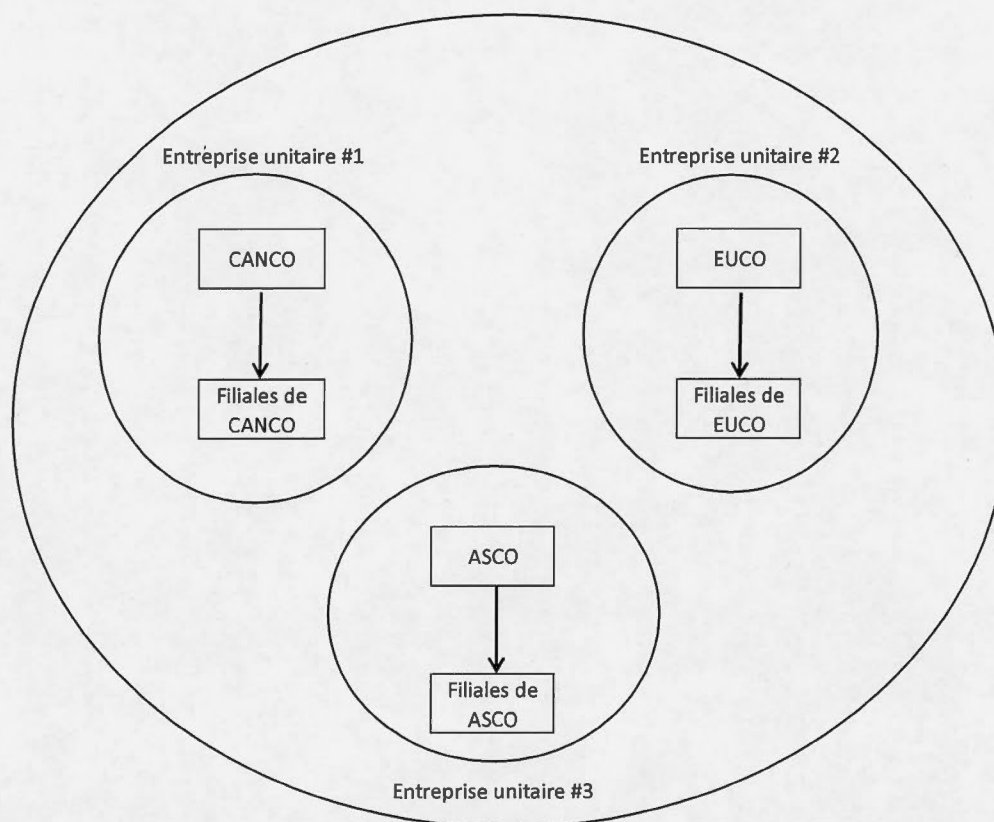
La plupart des EMN modernes ont, depuis longtemps, décentralisé diverses fonctions stratégiques et corporatives par continents, par régions ou encore par pays, selon leurs besoins opérationnels et commerciaux. Chaque groupe d'entités de l'EMN, présentes dans une région ou un continent donné, possède son propre « CEO » et exploite sa stratégie corporative de commercialisation spécifique.³⁹ Chaque groupe d'entités régional ou continental embauche, évalue et forme son personnel. Dit candidement, le critère de « l'entité comme partie intégrée des fonctions centralisées de l'EMN », est rendu inopérant par les paliers organisationnels mis en place par l'EMN moderne pour des motifs qui ne sont généralement que commerciaux.

Un exemple simple permettra d'illustrer cette affirmation. Supposons que la société CANCO, la maison-mère, s'occupe des fonctions stratégiques en Amérique mais a mis en place deux sociétés par actions en Europe et en Asie pour régionaliser ses autres opérations à travers le monde, les sociétés EUCO et ASCO. On fait alors face à la situation suivante que nous commentons sous la figure.

³⁸ C'est dans la commercialisation et le marketing que s'observeront des distinctions continentales, régionales ou nationales, selon le cas, en ce qui a trait aux marques de commerce.

³⁹ Au besoin, le lecteur pourra facilement s'en convaincre à l'aide de recherche Internet sur des EMNs tels que McDonald, GM, Ford, Coke, etc.

Figure 4.5 Une ou plusieurs entreprises unitaires distinctes



Lorsque l'on tient compte de la régionalisation des affaires commerciales de l'EMN, dont la maison-mère est la société CANCO, il existe trois entreprises unitaires distinctes, ce qui reflète la décentralisation des activités stratégiques de l'EMN à travers le monde. Mais cela vient également frustrer le critère associé aux fonctions centralisées puisque l'EMN organise ses activités, pour des motifs commerciaux, en trois groupes distincts et autonomes. En d'autres mots, par la force des choses, il faut forcément inclure toutes les entités présentées dans la figure en une même et unique entreprise unitaire pour que cette notion prenne son sens. Sans quoi, l'EMN serait plutôt composée de diverses entreprises unitaires situées sur les divers continents, une situation qui permettrait l'utilisation de transactions contrôlées à

l'image de ce qui se fait dans le système actuel. En somme, ce deuxième critère est ainsi inutile : il ne permet pas d'effectuer une véritable analyse des activités commerciales de l'EMN moderne qui puisse amener les États adhérents à distinguer clairement les entités à inclure, de celles à exclure, dans une éventuelle entreprise unitaire. Il ne tient pas compte de la réalité commerciale de l'EMN moderne.

Quant au troisième test, « l'entité comme partie intégrée des opérations économiques de l'EMN », il suggère qu'une entité donnée sera intégrée aux opérations économiques de l'EMN lorsque l'information circule librement entre cette entité et la maison-mère, lorsqu'elle circule au bénéfice de l'ensemble des entités de l'entreprise unitaire. Mais de nouveau, ce critère, bien qu'intéressant, est toujours observé chez l'EMN moderne puisque celle-ci est précisément créée à cette fin : dans le but d'internaliser et de faire circuler l'information. On ne saurait donc identifier une EMN au sein de laquelle l'information commerciale ne circule pas. Ce comportement serait tout simplement contraire à l'objectif de la maximisation du profit et à la théorie de l'internalisation des coûts de l'EMN.⁴⁰ Ce critère est de ce fait également inutile aux États adhérents : il ne permet pas d'effectuer une réelle analyse des activités de l'EMN moderne. Il ne tient pas compte de la réalité commerciale de l'EMN moderne lors de la construction de l'entreprise unitaire.

Obstacles semblables à l'analyse fonctionnelle

Outre les difficultés associées au contrôle, définir clairement ce qui constitue « l'intégration économique » est par conséquent la source de problèmes significatifs en taxation unitaire pour les États adhérents. Hellerstein et McLure (2004) soulignent que « l'utilisation de critères économiques pour déterminer l'entreprise unitaire est

⁴⁰ En termes simples, l'information commerciale est source d'avantages concurrentiels pour l'EMN. Il s'agit donc d'un coût qui doit, lui aussi, être internalisé pour en réduire le fardeau. L'information commerciale doit ainsi circuler librement dans l'EMN par les canaux prévus à cette fin.

une recette qui ne peut mener que vers l'incertitude et l'inconstance » en termes de résultats.⁴¹ Comme le précise Agundez-Garcia (2006) :

« Cette approche comporte de nombreuses et importantes complications en pratique car elle nécessite une définition claire du « contrôle » et, plus significatif, un consensus sur les critères et les tests requis pour déterminer l'intégration ou non d'une entité à l'entreprise unitaire. Toutes ces questions sont hautement subjectives. Même en présence d'un consensus chez les États, elles ne peuvent qu'être source d'incertitudes pour les contribuables et les administrations fiscales. »⁴²

En somme, notre bref exposé sur l'approche économique, relativement à la détermination de l'entreprise unitaire, illustre un certain nombre de difficultés et d'obstacles qui ne sont pas sans rappeler, on le répète, ceux et celles de l'analyse fonctionnelle, une démarche-clé de l'application du principe de pleine concurrence. L'analyse de l'intégration économique des entités d'une EMN équivaut, dans sa forme et sa finalité, à une analyse fonctionnelle telle que l'entend les Principes de l'OCDE. Plus précisément, cela exige une compréhension approfondie et sophistiquée des activités commerciales de l'ensemble des entités de l'EMN examinée, ce qui n'est pas une mince tâche telles que l'ont mis en lumière les décisions *Canada c. Capital Générale Électrique du Canada Inc. (2010)* et *Canada c. GlaxoSmithKline (2012)*, déjà citées.

Tout d'abord, exprimé en des termes généraux, comprendre les activités commerciales d'une entité spécifique revient effectivement à dire qu'il faudra

⁴¹ En anglais, dans le contexte de l'histoire américaine de la taxation unitaire entre états : « [...] the use of economic criteria to define the consolidated group is a recipe for uncertainty and inconsistency in the determination of the consolidated group. » (p. 204).

⁴² En anglais : « The chief disadvantage of the unitary approach is its overwhelming complications in practice, as it requires first a clear definition of 'control' and then, more importantly, agreement on the criteria and tests to measure the degree of economic integration of the affiliated entities. All these issues can be highly subjective, so it is predictably difficult to reach agreement on them, and even if some agreement could be reached, any definition of a 'unitary business' could be complex for both the taxpayer and the tax authorities to cope with and it would probably create uncertainties. Also, it would be difficult to ensure uniform interpretation across the EU of any subjective term, given the different legal traditions across Member States. » (p. 14).

notamment analyser les biens ou les services concernés de même que les fonctions et les circonstances économiques entourant ces activités. C'est de cette façon que les États adhérents seront en mesure d'établir si une entité spécifique est à inclure ou non à l'entreprise unitaire. Puisque l'EMN possède l'ensemble de l'information pertinente à ses opérations commerciales, rien ne l'empêchera d'exploiter à son avantage divers éléments relativement à l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité et d'exercer ainsi son pouvoir procédural avec succès dans sa relation avec les États adhérents.

Le système actuel de fiscalité internationale préconise qu'une entité donnée de l'EMN doit fournir une analyse fonctionnelle relativement détaillée à l'État domestique au sujet de ses transactions contrôlées.⁴³ Bien que l'exercice puisse rapidement devenir complexe, tel que nous l'avons observé dans le chapitre précédent, il demeure limité aux transactions contrôlées auxquelles participe cette entité donnée. C'est dire que du point de vue d'un État domestique, l'analyse fonctionnelle ne porte habituellement que sur une partie des activités commerciales de l'EMN.

Dans un système alternatif de taxation unitaire, ces difficultés et irritants s'intensifient : chaque État adhérent à la taxation unitaire doit maintenant acquérir une compréhension des opérations commerciales de chacune des entités de l'EMN et non plus uniquement de celles participant à une transaction contrôlée précise sur son territoire. Cela doit mener à une compréhension collective et vraisemblablement commune de la part des États adhérents. Il ne peut en être qu'ainsi puisque la détermination de l'entreprise unitaire s'effectue par l'ensemble des États adhérents. Le problème de l'asymétrie de l'information demeure par conséquent tout entier, pour ne pas dire amplifié, lorsque considéré du point de vue de l'État, du point de vue des États adhérents.

⁴³ Voir notamment les paragraphes 5.3 et 5.4 des Principes de l'OCDE, déjà cités, et, pour le Canada, le paragraphe 247(4) de la LIR à ce sujet.

De la sorte, dans sa relation plus ou moins formelle avec les États adhérant à la taxation unitaire, l'EMN pourra présenter ses activités commerciales de manière à minimiser les impacts économiques de certaines entités corporatives dans l'unique but de les soustraire à l'emprise de l'entreprise unitaire. Dans notre exemple précédent, la société BAHCO s'occupait de la comptabilité corporative de l'EMN. Or, l'EMN CANCO se spécialise dans la production et la vente de tomates : elle pourrait donc soutenir que la fonction de la comptabilité corporative joue un rôle mineur, voire insignifiant, dans les opérations commerciales de l'EMN afin de justifier l'exclusion de la société BAHCO de l'entreprise unitaire. Les États adhérant à la taxation unitaire feront alors face à un problème d'asymétrie de l'information fort semblable à celui avec lequel ils doivent individuellement composer dans le système actuel face à l'EMN.⁴⁴

Dans la mesure où un litige sur l'inclusion d'une entité corporative à l'entreprise unitaire serait éventuellement entendu par un tribunal, tant l'EMN que les États adhérents devront faire la démonstration de la pertinence d'inclure ou non celle-ci à cette entreprise unitaire. Encore une fois, à l'image de la jurisprudence que nous avons déjà exposée, le fardeau de la preuve va peser principalement sur les épaules des États adhérents qui devront montrer en quoi les affaires commerciales de l'EMN, telles qu'elles sont présentées, ne reflètent pas la réalité économique de cette dernière.⁴⁵ L'EMN peut exercer son pouvoir procédural avec succès. Il y a fort à parier que rencontrer les exigences du fardeau de la preuve serait une tâche bien souvent insurmontable pour les États adhérant à la taxation unitaire.

⁴⁴ Qu'un seul ou plusieurs États soient en face de l'EMN ne change rien au caractère fondamental de l'asymétrie de l'information qui demeure en tout temps à l'avantage du contribuable, ceci, bien sûr, dans un système démocratique où le principe d'autocotisation trouve application. Dans un système politique alternatif, par exemple la dictature où l'imposition du contribuable pourrait être arbitraire, cette affirmation serait évidemment questionnable tel que nous l'avons déjà suggéré.

⁴⁵ Par exemple, on se rappellera, une nouvelle fois, la cause *GlaxoSmithKline Inc. c. La Reine* (2008), déjà citée, où le contribuable organise ses activités commerciales de manière telle que l'administration fiscale peine à en comprendre les tenants et aboutissants.

Tout bien considéré, dans un système de fiscalité internationale fondé sur la taxation unitaire, en ce qui a trait à la détermination de l'entreprise unitaire, les États adhérents seront donc confrontés à un univers de difficultés semblables à celles que nous avons exposées quant aux cinq facteurs de comparabilité dans l'application du principe de pleine concurrence. Cependant, fait notable, un tel système pourrait résoudre, au moins partiellement, l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par les États adhérents s'il permettait à ces derniers de combattre les stratégies de défection de l'EMN mises en œuvre grâce aux sociétés écran et relais.

Nous allons donc conclure notre exposé sur la détermination de l'entreprise unitaire en nous attardant brièvement sur un aspect précis qui découle de notre question de recherche : le processus de détermination de l'entreprise unitaire réussit-il à contrer les comportements actuels de défection de l'EMN, à rivaliser avec succès ces dimensions de l'exercice du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale?

4.2.3 L'espace d'application de l'entreprise unitaire

Dans la mesure où la taxation unitaire permettrait de combattre les stratégies de défection de l'EMN, mises en œuvre par le biais de sociétés écran et relais, elle posséderait dès lors un avantage significatif sur le principe de pleine concurrence. Quelques éléments contextuels en regard des taxations unitaires existantes seront utiles au prélude de notre réflexion sur les possibilités de défection existantes ou potentielles pour l'EMN dans un système de taxation unitaire.

D'abord, Hellerstein et McLure (2004) relatent qu'à une certaine époque, la taxation unitaire, telle qu'elle était appliquée aux États-Unis, faisait en sorte que les filiales américaines situées en Europe soient sous le joug de la taxation des états américains, ce qui générait des cas de double imposition. Les protestations, alors exprimées par certains pays membres de la Communauté européenne de l'époque, mirent finalement un terme à cette version du système américain dans les années

1980. De nos jours, pour une EMN donnée, la taxation unitaire américaine ne s'applique désormais plus que sur l'entreprise unitaire définie sur le territoire américain, où le gouvernement fédéral américain est seul souverain. En général, chaque état américain reçoit ensuite le droit à sa part du profit selon la formule préétablie par le gouvernement fédéral.

Au Canada, « l'allocation provinciale » prévoit un mécanisme d'attribution du revenu d'une société par actions en fonction de sa présence physique dans les provinces et territoires. La formule est de compétence fédérale et administrée par l'Agence du revenu du Canada sur l'ensemble du territoire canadien, incluant le Québec. L'allocation provinciale ne s'applique que sur le territoire canadien, espace où s'exerce la souveraineté exclusive du gouvernement du Canada.⁴⁶

Enfin, le projet européen de taxation unitaire entend également limiter son champ d'action au territoire constitué de l'Union européenne. Seules les entités européennes d'une EMN seront soumises au nouveau régime de taxation unitaire. C'est à tout le moins l'optique actuellement envisagée.⁴⁷

Ces trois systèmes de taxation unitaire établissent clairement que la détermination de l'entreprise unitaire se fait à l'intérieur d'un territoire géographique où un seul État est souverain. Cela reflète et nous rappelle, dans la pratique, une des prémisses communes à toutes les contributions théoriques et académiques relativement à la taxation unitaire : la mise en place de la taxation unitaire nécessite la mutation de la

⁴⁶ L'article 124 de la LIR et la partie IV du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, contiennent les provisions législatives pertinentes.

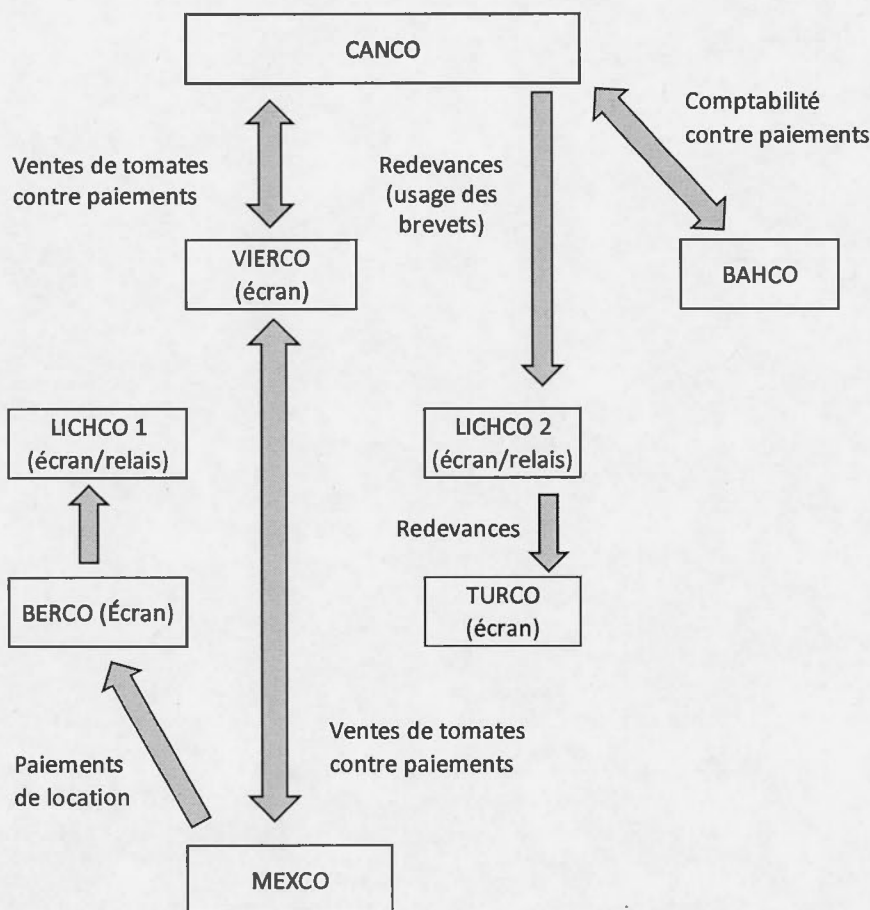
⁴⁷ Voir par exemple, Commission européenne (2011a) qui énonce en substance en page 17 : « La présente directive établit un régime d'assiette commune pour l'imposition de certaines sociétés et certains groupes de sociétés et définit les règles relatives au calcul et à l'utilisation de cette assiette. [...] La présente directive s'applique aux sociétés constituées conformément à la législation d'un État membre [...] ».

souveraineté territoriale nationale en une souveraineté fiscale mondiale où un seul « organisme » est souverain.⁴⁸

Cela nous amène au cœur du problème soulevé par cette condition de mise en œuvre de la taxation unitaire. Dans l'EMN moderne, une entreprise unitaire, qu'elle soit constituée avec l'approche légale ou économique, comporterait presque toujours au moins une entité située dans un paradis fiscal, dit autrement dans un État où le taux d'imposition statutaire est faible ou nul. En effet, à travers la présentation de notre cas fictif, nous avons déjà exposé le rôle des sociétés écran et des sociétés relais qui contribuent, individuellement et collectivement, à minimiser la charge globale d'impôts à payer de l'EMN. De plus, elles s'avèrent, au moins en apparence, également être des entités commerciales légitimes dans bien des cas. On se rappellera des sociétés écran BERCO, VIERCO et TURCO qui ont des fonctions commerciales et des sociétés relais LICHCO 1 et LICHCO 2, dont les motivations sont effectivement plus questionnables de ce point de vue. À cette organisation, s'ajoute maintenant la société BAHCO, spécialisée en comptabilité corporative.

⁴⁸ L'union européenne est certes un amalgame d'États souverains mais nous estimons que le projet d'intégration européenne vise, à terme, à la mise en place d'un seul gouvernement européen pleinement fonctionnel qui serait composé d'élus. Le projet de mise en place de la taxation unitaire est un autre pas en ce sens.

Figure 4.6 L'EMN CANCO



L'identification de l'entreprise unitaire est donc confrontée à la question des paradis fiscaux. Dit autrement : est-il possible qu'un État de cette nature adhère à un système de taxation unitaire? De l'avis des auteurs et chercheurs recensés, la coopération volontaire d'un tel État serait, en des termes diplomatiques, peu probable.⁴⁹ Ainsi, les travaux inventoriés concluent généralement que la

⁴⁹ Nous verrons plus loin que la coopération d'un paradis fiscal à un système de taxation unitaire est en fait une impossibilité, du point de vue de cet État, compte tenu de ce qu'est une formule de partage de profits et de ce qu'elle impliquerait, en termes de partage de profits, pour cet État. Nous

détermination de l'entreprise unitaire ne peut se faire qu'à la frontière des paradis fiscaux; elle ne peut pas pénétrer les paradis fiscaux.⁵⁰

Dans notre cas fictif, cela signifie que les sociétés écran BERCO, VIERCO et TURCO, les sociétés relais LICHCO 1 et LICHCO 2 ainsi que l'entité spécialisée en comptabilité BAHCO ne feraient vraisemblablement pas partie de l'entreprise unitaire. On réalise immédiatement l'absurdité pleine et entière d'une telle proposition. Elle annonce que le remplacement du principe de pleine concurrence par la taxation unitaire ne viendrait aucunement contrer l'exercice du pouvoir procédural de l'EMN disponible grâce aux diverses stratégies de défection que nous avons longuement examinées au chapitre précédent.

En réponse à cette vision fataliste de la taxation unitaire, certains auteurs manifestent de la sorte une préférence pour la ligne dure, pour une approche radicale afin de définir l'entreprise unitaire et, en finalité, pour mettre en œuvre la taxation unitaire. Par exemple, Tanzi (2000) explique : « il est possible d'éliminer les pivots financiers et les paradis fiscaux à l'aide de mesures extrêmement punitives de la part des pays industrialisés ». ⁵¹ Ce faisant, les entités intrinsèquement rebelles à une éventuelle taxation unitaire, entités situées dans les paradis fiscaux que Tanzi (2000) qualifie de « termites », seraient « exterminées ». Concrètement, cela pourrait s'effectuer par la mise en place d'importants tarifs à l'exportation vers ces pays ou encore lors de l'importation. D'autres mesures punitives pourraient consister en la

constaterons qu'il en est également de même pour la plupart des pays développement dont la coopération est définitivement peu probable.

⁵⁰ L'expression « water's edge » est employée pour rendre compte de cette idée d'une taxation unitaire qui n'inclut pas les paradis fiscaux, qui s'effectue à la « frontière » de ceux-ci. Cette notion se retrouve notamment chez McIntyre (1992), Picciotto (1992), Cockfield (2004), Hellerstein et McLure (2004) et Agundez-Garcia (2006).

⁵¹ En anglais : « It is possible that off-shore financial centers and tax haven are driven out of existence by strong, punitive actions on the part of the industrial countries. » (p. 17).

perte de droits ou privilèges fiscaux pour l'EMN lorsque des transactions sont réalisées avec des entités situées dans ces pays non alignés.⁵²

Selon nous, ce mode de mise en œuvre de la taxation unitaire est néanmoins peu réaliste. Fondée sur l'action étatique unilatérale, au lieu de bilatérale ou multilatérale, il nous apparaît comme une violation directe du principe fondamental de la souveraineté des États. En d'autres mots, pas plus que le Canada ou les États-Unis n'apprécieraient que leurs politiques fiscales respectives soient contraintes par voie de sanctions, initiées d'autres pays, la politique fiscale des paradis fiscaux, aussi choquante qu'elle paraisse, n'a pas à être contrainte par un ou plusieurs pays industrialisés. Par ailleurs, il est facile d'imaginer l'explosion du nombre de litiges juridiques avec les contribuables qu'occasionnerait cette approche unilatérale. Dans tout type de système de fiscalité internationale composé d'États généralement démocratiques, la ligne dure ne peut selon nous mener que vers un cul-de-sac où le prix à payer relativement aux conséquences excéderait largement la valeur des présumés bénéfices.

Ainsi, la réflexion féconde, en ce qui a trait au problème de l'inclusion des paradis fiscaux dans l'entreprise unitaire, doit plutôt graviter autour de la question de l'arbitrage des taux d'imposition statutaires auquel s'affaire activement l'EMN dans l'organisation de ses affaires commerciales.⁵³ Cela met en évidence deux types de

⁵² Ces possibilités, parmi d'autres, sont à l'image des embargos et des sanctions économiques appliqués unilatéralement par divers pays et qui font parfois la une de l'actualité. Au Canada, en fiscalité internationale, la LIR prévoit déjà quelques mesures de cette nature bien que celles-ci ne soient pas particulièrement agressives. Par exemple, une société par actions canadienne ne peut pas bénéficier des avantages fiscaux qu'offre le régime du REATB, lors du rapatriement de dividendes au Canada, si la filiale payeuse est située dans un pays qui n'a pas signé une convention fiscale bilatérale ou un accord d'échange de renseignements fiscaux avec le Canada. Cependant, cette mesure n'est pas vraiment problématique pour l'EMN puisqu'elle peut être contournée avec succès à l'aide de sociétés relais et des stratégies présentées au chapitre 2.

⁵³ Par exemple, nous avons exposé au chapitre 2 que l'existence des sociétés relais a notamment pour but de profiter de ces opportunités d'arbitrage entre les taux d'imposition statutaires et les règles d'imposition spécifiques de diverses sources de revenus (profits, dividendes, etc.). Également, nous avons illustré que les sociétés écran ont pour fonction principale de transférer un profit, d'abord

solutions possibles. D'un côté, la nécessité de convaincre les paradis fiscaux d'augmenter leur taux d'imposition statutaire respectif, une option fort probablement irréalisable, ou encore, d'un autre côté, l'opportunité pour les pays industrialisés de revoir leur mode de taxation des sociétés par actions.⁵⁴

Ceci dit, dans sa forme actuelle, il clairement palpable que la détermination de l'entreprise unitaire est vouée à l'échec, du point de vue des États adhérents, dès qu'une entité de l'EMN est située dans un paradis fiscal. De façon encore plus générale et davantage significative, l'exercice est condamné à l'échec dès qu'un pays adhérent affiche un taux d'imposition statutaire plus faible que ses partenaires. En effet, du point de vue de l'EMN, il est alors toujours conséquent de faire usage des paradis fiscaux ou encore de l'arbitrage entre les taux d'imposition statutaires des États adhérents dans un système renouvelé de taxation unitaire afin de maximiser le profit et la richesse des actionnaires.⁵⁵

De la sorte, en la présence d'au moins un État adhérent où le taux d'imposition statutaire est plus faible que celui de ses collaborateurs au système, Hines (2009) conclut que l'EMN continue d'être en mesure d'organiser ses activités commerciales de telle manière que les règles de constitution de l'entreprise unitaire puissent être exploitées à son avantage.⁵⁶ De ce fait, le processus d'identification de l'entreprise unitaire apparaît tout aussi vulnérable aux manœuvres comptables et fiscales par

assujetti à un taux d'imposition statutaire élevé dans un État donné, vers un autre État, un paradis fiscal, où le taux d'imposition statutaire est faible.

⁵⁴ Nous reviendrons sur quelques modèles alternatifs d'imposition des sociétés par actions en conclusion de la thèse.

⁵⁵ Nous verrons plus loin que ces stratégies seraient principalement mises en œuvre grâce à l'influence, plus ou moins directe, de divers éléments relatifs aux facteurs de la formule de partage de profits.

⁵⁶ Hines (2009) écrit : « There is something distasteful and very possibly inequitable about misattributing income for tax purposes, but the associated problems do not stop there, as international income misattribution creates incentives for firms to structure their affairs new ways. Since the formulas apply to affiliates within consolidated groups, it follows that the use of allocation formulas creates incentives to modify the ownership of companies or operations in order to reduce associated tax burdens. » (p. 2).

l'EMN que l'analyse des cinq facteurs de comparabilité associée au principe de pleine concurrence. L'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État en matière de fiscalité internationale est donc vraisemblablement maintenue.

Cela laisse de plus paraître que la mise en place de la taxation unitaire exigerait un niveau d'intégration fiscale des pays adhérents beaucoup plus poussé que ce qui est suggéré dans les travaux sur le sujet. On ne peut plus se limiter à parler simplement de renoncer à la souveraineté territoriale en matière de fiscalité internationale. En effet, afin d'éviter la stratégie de défection que reflète l'arbitrage entre les divers taux d'imposition statutaires assujettissant l'EMN, les systèmes de fiscalité des pays adhérents, pris dans leur ensemble et non plus seulement le volet international, devront converger suffisamment pour en éliminer l'existence. Une convergence des régimes fiscaux domestiques deviendrait nécessaire.⁵⁷

4.2.4 Conclusion

Voilà qui termine notre exposé sur la détermination de l'entreprise unitaire. L'analyse illustre que cet exercice, une étape fondamentale à la mise en œuvre de la taxation unitaire, se bute à de nombreuses difficultés semblables à celles que l'on rencontre dans le système de fiscalité internationale actuel fondé sur le principe de pleine concurrence. Nous avons de plus constaté que la constitution d'une entreprise unitaire ne contrecarre pas avec succès les comportements de défection disponibles à l'EMN. À ce stade de notre comparaison, la notion d'un pouvoir procédural de l'EMN qui s'exerce à l'encontre des objectifs de l'État n'est pas ébranlée, ni remise en question. Elle est plutôt confirmée.

Suite à cette détermination de l'entreprise unitaire, il faut quantifier le profit qui sera à partager entre les États participant au système de taxation unitaire. Dans

⁵⁷ Nous reviendrons sur cette affirmation lors de la présentation des facteurs de la formule de partage de profits et en conclusion de la thèse.

l'éventualité où les problèmes relatifs à la détermination de l'entreprise unitaire seraient résolus par les États adhérents, la consolidation comptable du profit offre à son tour des opportunités de planifications comptables et fiscales à l'EMN en des termes semblables à ce que permet actuellement le principe de pleine concurrence.

4.3 Le profit comptable consolidé

La détermination de l'entreprise unitaire achevée, dans une deuxième étape préalable à l'application d'une formule de partage de profits, il faut, comme son nom le suggère, calculer le profit, un profit agrégé, qui sera à partager entre les États adhérent au système de la taxation unitaire.⁵⁸ Pour les États adhérents, il s'agit de déterminer le « profit comptable consolidé » à l'aide d'un processus de « consolidation comptable », un processus qui sera défini sous peu.

Nous avons brièvement introduit la notion de consolidation comptable dans notre exemple comparatif du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire au premier chapitre. Chez tous les auteurs et chercheurs que nous avons consultés, le problème de la consolidation comptable n'est guère analysé en ce qui a trait à la taxation unitaire. Ils se limitent à en soulever l'existence et à l'associer à la notion de contrôle déjà analysée. Nous verrons que le processus de consolidation comptable n'est pourtant pas sans difficulté ni sans conséquence en taxation unitaire. À bien des égards, il ressemble aux processus d'analyse des cinq facteurs de comparabilité et de la recherche de comparables effectués lors de l'application du principe de pleine concurrence.⁵⁹

⁵⁸ Rappelons les trois balises générales sur lesquelles porte l'ensemble de notre exposé de la taxation unitaire :

- la détermination de l'entreprise unitaire que nous venons d'examiner;
- le calcul du profit consolidé; et
- la formule de partage de profits.

⁵⁹ Dans cette section, les références au contexte canadien, aux IFRS et les rapprochements avec le principe de pleine concurrence, sauf mention contraire, sont de nous.

4.3.1 Les normes comptables internationales

Au Canada, la norme comptable *IFRS 10 États financiers consolidés* encadre le processus de consolidation comptable des états financiers de plusieurs entités, de plusieurs sociétés par actions.⁶⁰ L'Union européenne prescrit également l'utilisation de la norme IFRS 10 pour la consolidation comptable. La plupart des pays en développement et l'Asie acceptent aussi les IFRS. Aux États-Unis, les IFRS ne sont pas obligatoires mais ce n'est probablement plus qu'une question de temps.⁶¹

En fiscalité internationale, il va de soi que la consolidation comptable aux fins de la taxation unitaire pourrait se faire à l'aide de règles différentes de celles actuellement existantes. Ces règles seraient alors créées par les États qui adhèrent au système de la taxation unitaire. L'IFRS 10 offre néanmoins des règles qui ont fait leurs preuves au fil des décennies relativement à la consolidation comptable. Elles sont par conséquent pertinentes à la compréhension du processus de consolidation comptable qui serait spécifiquement nécessaire à l'application de la taxation unitaire.

Le paragraphe 1 de la norme IFRS 10 énonce : « [l]'objectif de la présente norme est d'établir des principes pour la présentation et la préparation des états financiers consolidés d'une entité qui en contrôle une ou plusieurs autres. » La consolidation comptable vise de la sorte à regrouper les états financiers de plusieurs entités aux fins de présentation des résultats aux actionnaires. La consolidation comptable est ainsi un mode de présentation de l'information comptable, rien de plus.

⁶⁰ Auparavant, on utilisait les Principes comptables généralement reconnus (PCGR) canadiens maintenant remplacés par les normes internationales d'information financière [NIIF/IFRS] et les normes comptables pour les entreprises à capital fermé [NCECF/ASPE], selon la situation applicable.

⁶¹ Pour plus de détails sur l'adoption des IFRS, voir PWC, *IFRS Adoption by Country*, avril 2013, disponible en ligne à <http://www.pwc.com/us/en/issues/ifrs-reporting/publications/ifrs-status-country.jhtml> et Deloitte, *Use of IFRS by Jurisdiction*, 2013, aussi en ligne à <http://www.iasplus.com/en/resources/topics/use-of-ifrs>. Sur le processus d'adoption des IFRS aux États-Unis, voir IFRS.org, « Convergence Between IFRSs and US GAAP », disponible en ligne à <http://www.ifrs.org/Use-around-the-world/Global-convergence/Convergence-with-US-GAAP/Pages/Convergence-with-US-GAAP.aspx> (tous consultés le 6 décembre 2013).

À l'heure actuelle, la consolidation comptable n'est pas utilisée à des fins fiscales. Au Canada, il est en fait interdit de présenter des états financiers consolidés à des fins fiscales en vertu des définitions de « personne » et de « contribuables » (au pluriel) inscrites dans la LIR.⁶² En d'autres mots, chaque société par actions doit plutôt produire une déclaration de revenus chaque fin d'année financière en vertu de l'alinéa 150(1)a) de la LIR. Cependant, pour l'application de la taxation unitaire en fiscalité internationale, la consolidation comptable des états financiers de l'ensemble des entités incluses à l'entreprise unitaire deviendrait une opération essentielle par laquelle serait calculé le profit consolidé à partager entre les États adhérents.

La norme IFRS 10 prévoit que les états financiers de sociétés par actions, contrôlées par la maison-mère, doivent être consolidés avec ceux de la maison-mère. La norme présente une définition de ce qu'est le contrôle. Cette définition correspond à celle de l'influence significative telle que nous l'avons présentée à la section précédente lors de notre exposé sur l'approche économique menant à l'entreprise unitaire. Le contrôle se confirme donc par une détention de 10 % ou plus des actions avec droit de vote d'une société par actions.⁶³

Dit simplement, pour l'application de la taxation unitaire en fiscalité internationale, toutes les entités qui sont incluses dans l'entreprise unitaire feront l'objet d'une consolidation comptable de leur profit respectif, à hauteur du contrôle qu'exerce, sur chacune de ces entités, la maison-mère. En termes techniques, le paragraphe B86 de l'annexe B de l'IFRS 10 précise :

⁶² Ces définitions sont énoncées au paragraphe 248(1) de la LIR. Pour plus de certitude, le paragraphe 248(24) de la LIR prescrit depuis 1990 : « [i]l est entendu que, sauf si expressément requis, la méthode de comptabilisation à la valeur de consolidation et la consolidation ne peuvent être utilisées pour calculer un montant en application de la présente loi. »

⁶³ Pour plus de détails, on peut également consulter les paragraphes 5 à 9 de la norme IFRS 10 reproduite au *Manuel de l'ICCA*, déjà cité.

« L'établissement d'états financiers consolidés consiste à :

(a) combiner les postes semblables d'actifs, de passifs, de capitaux propres, de produits, de charges et de flux de trésorerie de la société mère et de ses filiales ;

(b) compenser (éliminer) la valeur comptable de la participation de la société mère dans chaque filiale et la part de la société mère dans les capitaux propres de chaque filiale [...] ;

(c) éliminer complètement les actifs et les passifs, les capitaux propres, les produits, les charges et les flux de trésorerie intragroupe qui ont trait à des transactions entre entités du groupe (il faut également éliminer complètement les profits ou les pertes découlant de transactions intragroupes qui sont comptabilisés dans des actifs tels que les stocks et les immobilisations corporelles). [...] »

Reprenons de nouveau notre cas fictif pour expliciter cette directive dans le contexte de la consolidation comptable en système de taxation unitaire. En faisant abstraction de la société écran VIERCO, la société MEXCO, productrice de tomates, est détenue à 100 % par CANCO, la maison-mère. Il en découle ainsi que la totalité du profit de MEXCO sera consolidée avec le profit de CANCO. Ce profit consolidé sera ensuite partagé à l'aide d'une formule de partage de profits entre les deux entités. Sachant que la société MEXCO effectue des transactions contrôlées (« intragroupes ») avec CANCO, ces transactions seront éliminées tel que le prescrit la norme IFRS 10. Dans le but d'offrir un aperçu de l'opération de consolidation comptable et les possibilités de manœuvres comptables et fiscales disponibles à l'EMN qui en dérive, nous allons utiliser les hypothèses chiffrées suivantes.

Tableau 4.1 États du résultat net de MEXCO et de CANCO

État du résultat net de MEXCO		État du résultat net de CANCO	
Produits (revenus contrôlés)	110 M\$	Produits (revenus de libre marché)	1 000 M\$
Coûts des ventes (de libre marché)	(90 M\$)	Coûts des ventes (de libre marché)	(740 M\$)
		Coûts des ventes (coûts contrôlés)	(110 M\$)
Marge brute	20 M\$	Marge brute	150 M\$
Coûts d'exploitation (de libre marché)	(10 M\$)	Coûts d'exploitation (de libre marché)	(100 M\$)
Marge nette (avant impôt)	10 M\$	Marge nette (avant impôt)	50 M\$

La société MEXCO vend l'ensemble de sa production de tomates à CANCO pour un montant de 110 M\$. Il s'agit de la transaction contrôlée. Ce montant apparaît donc aux ventes contrôlées de MEXCO et comme coûts contrôlés chez CANCO. Les autres données financières, de libre marché, sont offertes à titre d'illustration (pour MEXCO, coûts des ventes de 90 M\$ et coûts d'exploitation de 10 M\$; pour CANCO, ventes de 1 000 M\$ et autres coûts de libre marché de 840 M\$ au total).⁶⁴ Pour procéder à la consolidation comptable, les opérations comptables suivantes, que nous commentons sous le tableau, sont requises.

⁶⁴ Le total des coûts de libre marché de CANCO est de 840 M\$: 740 M\$ de coûts des ventes et 100 M\$ de coûts d'exploitation.

Tableau 4.2 Consolidation de MEXCO et de CANCO

Calcul de l'état du résultat net consolidé de CANCO (incluant MEXCO)		
Produits de libre marché : [CANCO + MEXCO - revenus contrôlés]	1 000 M\$ + 110 M\$ - 110 M\$ =	1 000 M\$
Coûts des ventes de libre marché : [CANCO + MEXCO - coûts contrôlés]	(740 M\$) + (110 M\$) + (90 M\$) - (110 M\$) =	(830 M\$)
Marge brute [1 000 M\$ - 830 M\$]		170 M\$
Coûts d'exploitation de libre marché : [CANCO + MEXCO]	(100 M\$) + (10 M\$) =	(110 M\$)
Marge nette (avant impôt) [170 M\$ - 110 M\$]		60 M\$

Nous observons que dans l'état du résultat net consolidé, le montant des ventes de l'entreprise unitaire, composée des sociétés CANCO et MEXCO, représente uniquement les ventes de libre marché; idem pour les coûts des ventes et les coûts d'exploitation. Les montants relatifs aux transactions contrôlées ont donc été éliminés lors du processus de consolidation comptable. Dans le cas des ventes, toutes les ventes de CANCO et de MEXCO sont additionnées; on y soustrait ensuite les ventes contrôlées (110 M\$). Le même type d'ajustement s'applique pour les coûts.

Rappelons que ce processus d'élimination des transactions contrôlées est rendu nécessaire afin d'éviter la présence d'anomalies comptables dans la présentation des états financiers consolidés. Pour ce qui est de la taxation unitaire, nous avons également observé, au premier chapitre, que les transactions contrôlées doivent être éliminées, aux fins du calcul du profit comptable consolidé, sans quoi elles introduisent une distorsion lors du calcul du partage de profit. En effet, dans notre exemple, sans les coûts contrôlés, dont le montant est de 110 M\$, la société MEXCO

engage environ 11 % (100 M\$ / 940 M\$) des coûts de libre marché de l'entreprise unitaire.⁶⁵ Mais lorsque nous incluons le montant des coûts contrôlés au total des coûts, la société MEXCO n'engage plus que 9 % (100 M\$ / 1 050 M\$) des coûts de libre marché de l'entreprise unitaire, réduisant dès lors sa part du profit consolidé.⁶⁶

Ainsi, en finalité, la marge nette avant impôt représente encore la somme des profits des sociétés CANCO et MEXCO (10 M\$ + 50 M\$).⁶⁷ La totalité du profit de la société MEXCO est incluse à l'état du résultat net consolidé car la société CANCO détient 100 % des actions avec droit de vote de MEXCO. De la sorte, rien ne se perd, rien ne se crée. C'est uniquement la répartition de ce profit de 60 M\$ qui pourrait dorénavant être modifiée lors de l'application d'une formule de partage de profits.

Supposons maintenant que la société CANCO détient 60 % des actions avec droit de vote d'une autre société par actions, la société CHICO, un autre producteur de tomates, situé cette fois au Chili. La société CANCO contrôle donc CHICO. Dans ce cas précis, puisque la société CHICO sera aussi incluse à l'entreprise unitaire, en respect de l'IFRS 10, c'est une proportion de 60 % du profit de CHICO qui serait alors consolidé avec le profit de la société MEXCO et celui de la maison-mère CANCO. Une proportion de 60 % des ventes et des coûts de CHICO serait également ajoutée à l'état du résultat net consolidé de CANCO de laquelle seraient soustraits les ventes contrôlées de CHICO à CANCO et les coûts contrôlés de CANCO payables à CHICO, si applicables.⁶⁸

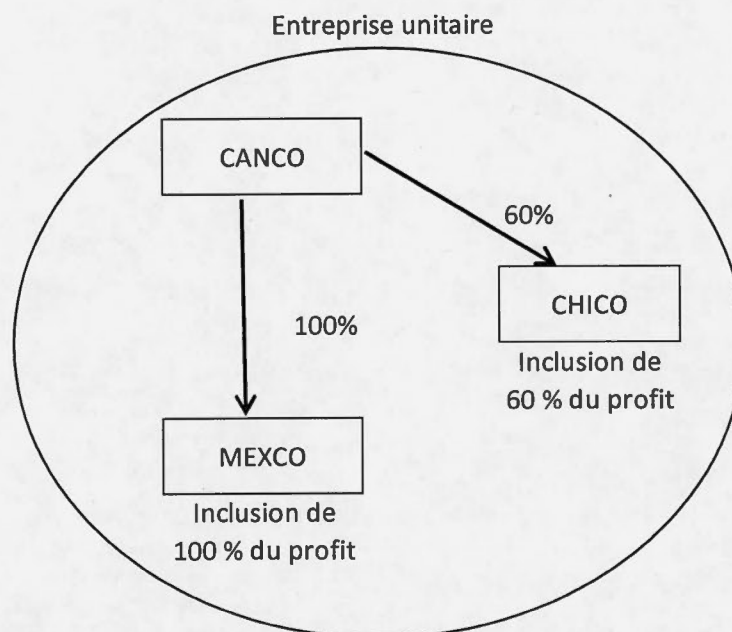
⁶⁵ Nous voyons au tableau 4.1 que la société MEXCO engage un montant en coûts des ventes de libre marché de 90 M\$ auquel s'ajoute 10 M\$ de coûts d'exploitation de libre marché. La société CANCO engage un montant en coûts des ventes de libre marché de 740 M\$ auquel s'ajoute 100 M\$ de coûts d'exploitation de libre marché. La somme est donc de 940 M\$ de coûts de libre marché pour l'entreprise unitaire.

⁶⁶ Dans la pratique, des ajustements semblables seraient requis pour les ventes et les actifs également présents à la formule de partage de profits.

⁶⁷ Pour s'en convaincre, le lecteur pourra comparer les tableaux 4.1 et 4.2 ci-haut.

⁶⁸ Nous omettons la présentation détaillée de ce calcul puisqu'il n'ajoute pas à notre exposé sur la consolidation comptable du profit à partager. Rappelons cependant qu'il demeure incertain que c'est effectivement de cette façon que le profit de CHICO serait consolidé dans un éventuel système de

Figure 4.7 Profit de CANCO-MEXCO-CHICO



Ces deux exemples suffisent à illustrer que la consolidation comptable peut rapidement se complexifier : il n'est pas rare qu'une EMN possède 15, 20, 50 sociétés par actions sur lesquelles elle sera réputée détenir le contrôle lors de la détermination d'une entreprise unitaire. Dans notre cas fictif, nous en sommes maintenant rendus à

taxation unitaire : il est en effet possible que la détermination de l'entreprise unitaire à l'aide de l'approche économique résulte en une proportion d'inclusion différente du profit de la société CHICO dans l'ensemble corporatif. À l'opposé, Agundez-Garcia (2006) relate qu'il serait envisageable d'inclure la totalité du profit d'une entité contrôlée à moins de 100 % au profit consolidé, quel que soit le niveau de détention en termes d'actions avec droit de vote (pp. 15-16). Nous estimons cette dernière méthode de consolidation comptable fondamentalement erronée puisqu'elle va à l'encontre des règles de consolidation internationalement reconnues en plus d'engendrer la double imposition comme nous l'avons exposé lors de l'analyse de l'approche économique de détermination de l'entreprise unitaire. Elle risque en effet d'inclure à plus d'une entreprise unitaire, donc à plus d'une consolidation comptable du profit, le profit de l'entité qui n'est pas contrôlée à 100 %.

au moins onze sociétés par actions, incluant la maison-mère, dont les profits pourraient éventuellement faire l'objet d'une consolidation comptable.⁶⁹

En d'autres mots, le processus de consolidation comptable, a priori mécanique, est en fait extrêmement intensif en besoin d'informations financières et ce, à l'image de ce que nous avons décrit lors du processus de recherche d'entités comparables pour l'application d'une méthode de prix de transfert dans le cadre du principe de pleine concurrence. L'État, tout comme l'EMN, fait face à des difficultés d'application comparables et semblables dans un système de fiscalité internationale comme l'autre.

D'un côté, la recherche d'entités comparables, lors de l'application du principe de pleine concurrence, oblige à la quantification de nombreux critères afin d'en arriver à une sélection finale de ces entités. Nous avons vu au chapitre précédent que le paragraphe 3.43 des Principes de l'OCDE fait notamment référence aux « chiffre d'affaires, éléments d'actif ou effectifs » et aux « critères liés aux éléments d'actif incorporels tels que la valeur nette des éléments d'actif incorporels rapportée à la valeur nette totale des éléments d'actif, ou le ratio des dépenses de recherche et développement ». Dans le cadre de leur usage respectif, ces critères, d'abord objectifs, exigent un degré relativement élevé de précision afin de se prémunir contre les erreurs statistiques de type 1 et 2 déjà présentées. Ils sont de plus sujets à des manœuvres comptables ou fiscales par l'EMN.

D'un autre côté, lors de la consolidation comptable du profit, il est nécessaire de notamment « combiner les postes semblables d'actifs, de passifs, de capitaux propres, de produits, de charges et de flux de trésorerie de la société mère et de ses filiales ». ⁷⁰

⁶⁹ Il s'agit des sociétés CANCO, MEXCO, BAHCO et CHICO, des sociétés sœurs EUCO et ASCO et de leurs filiales respectives, des sociétés écran BERCO, VIERCO et TURCO ainsi que des sociétés relais LICHCO 1 et LICHCO 2. La difficulté de la consolidation comptable serait d'autant augmentée par la présence de détention inférieure à 100 % par la maison-mère d'autres entités, tel que nous l'avons suggéré.

⁷⁰ IFRS 10, paragraphe B86 de l'annexe B, déjà cité.

Cet exercice exige forcément que ces « postes semblables » soient clairement identifiés ou identifiables et convenablement quantifiés ou quantifiables pour que les administrations fiscales soient en mesure d'en confirmer la validité. Ce processus contient évidemment des opportunités de manœuvres comptables et fiscales pour l'EMN. Dans le meilleur des cas, effectuer la consolidation des charges et des produits ne peut donc qu'être un exercice très difficile, un exercice rendu, selon nous, impossible lorsque plusieurs entités de l'EMN sont situées dans des pays qui n'adhèrent pas à la taxation unitaire.⁷¹

Ainsi, dans sa relation plus ou moins formelle avec les États adhérent à la taxation unitaire, l'EMN pourra assurément présenter ses affaires commerciales de manière à minimiser les impacts fiscaux éventuels de l'application d'une formule de partage de profits. Le problème de l'asymétrie de l'information avec lequel les États adhérent à la taxation unitaire devront collectivement composer sera très semblable à celui avec lequel ils doivent individuellement négocier dans le système actuel face à l'EMN lors d'une vérification fiscale. Ceci dit, s'il est vrai que cette démarche demeure vraisemblablement possible d'un point de vue strictement comptable, en dépit des efforts requis et de la précision essentielle à sa réussite, elle génère toutefois de multiples complications potentielles d'un nouvel ordre lorsque resituée dans l'univers de la fiscalité : la dimension juridique du calcul du profit consolidé.

⁷¹ La dimension technique de cette affirmation dépasse cependant l'objet de notre exposé. Dans le contexte canadien, nous nous limiterons à mentionner que lors de la production de sa déclaration de revenus fédérale, le contribuable, lorsqu'il s'agit d'une société par actions, doit notamment compléter les annexes *T2SCH100 Renseignements du bilan* et *T2SCH125 Renseignements de l'état des résultats* et les joindre à sa déclaration, ceci à l'aide du guide de codage *RC4088 Index général des renseignements financiers*. Or, on dénombre dans ce guide plusieurs centaines de postes comptables possibles ouvrant de la sorte la voie à plusieurs manœuvres comptables relativement à l'information présentée, selon les objectifs poursuivis. Lorsque l'on ajoute à cet exercice la présence d'entités dont la véracité des coûts est impossible à confirmer, la validité comptable, et donc fiscale, de l'exercice est fort questionnable.

4.3.2 La dimension juridique du calcul du profit consolidé

Lorsqu'examinée attentivement, la jurisprudence canadienne en matière de fiscalité corporative nous indique que le processus de consolidation comptable exigerait, de la part des États adhérant à la taxation unitaire, une compréhension de nombreuses informations de nature économique, commerciale et juridique. Ce processus ne peut, en aucun cas, se réduire à de simples manœuvres comptables. Par ailleurs, il pourrait bien être la source d'innombrables litiges de nature juridique.⁷² L'arrêt *Canderel Ltée c. Canada* (1998) nous permettra d'illustrer ces affirmations. Dans cette affaire, la Cour Suprême du Canada précise, au paragraphe 53 de son prononcé, relativement au calcul du profit d'une entreprise :

« [...] il pourrait être utile et approprié de résumer les principes que j'ai énoncés précédemment:

- (1) La détermination du bénéfice est une question de droit.
- (2) Le bénéfice tiré d'une entreprise pour une année d'imposition est déterminé en déduisant des revenus tirés de l'entreprise pour l'année en question les dépenses engagées pour gagner ces revenus [...]
- (3) Dans la détermination du bénéfice, l'objectif est d'obtenir une image fidèle du bénéfice du contribuable pour l'année visée.
- (4) Dans la détermination du bénéfice, le contribuable est libre d'adopter toute méthode qui n'est pas incompatible avec:
 - a) les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

⁷² Notons cependant de nouveau que cette jurisprudence canadienne n'a évidemment aucune emprise légale ni morale à l'extérieur du Canada. De façon plus générale, la jurisprudence d'un État n'a aucun effet légal sur un autre État. En d'autres mots, le processus de consolidation comptable nécessaire à l'application de la taxation unitaire exigerait vraisemblablement la mise en place de nouvelles règles juridiques de consolidation comptable, des règles spécifiques aux fins de la taxation unitaire. Mais on peut facilement s'imaginer que certaines de ces nouvelles règles seraient en conflit avec la jurisprudence existante dans les différents États adhérents. C'est donc notamment de ce point de vue qu'un examen de la jurisprudence canadienne demeure pertinent à notre exposé.

- b) les principes dégagés de la jurisprudence ou les «règles de droit» établis;
 - c) les principes commerciaux reconnus.
- (5) Les principes commerciaux reconnus, notamment ceux codifiés formellement dans les PCGR, ne sont pas des règles de droit mais des outils d'interprétation. Dans la mesure où ils peuvent influencer le calcul du revenu, ils ne le feront qu'au cas par cas, selon les faits relatifs à la situation financière du contribuable.
- (6) En cas de nouvelle cotisation, une fois que le contribuable a prouvé qu'il a donné une image fidèle de son revenu pour l'année, image qui est compatible avec la Loi, la jurisprudence et les principes commerciaux reconnus, il incombe alors au ministre de prouver que le chiffre fourni ne donne pas une image fidèle ou qu'une autre méthode de calcul fournirait une image plus fidèle. » [soulignements dans le texte] ⁷³

Tout d'abord, nous constatons, à la lecture, que la détermination du bénéfice d'une société par actions est une question de droit et non pas comptable (élément #1 à la citation). Cette détermination est par ailleurs valide tant qu'elle respecte les provisions expressément inscrites dans la LIR, soit l'élément #4a) à la citation. ⁷⁴ Cela signifie que le calcul du bénéfice d'une société par actions doit respecter divers fondements légaux outrepassant les normes IFRS et peut dès lors s'appuyer sur d'autres éléments lorsque ceux-ci sont pertinents à ce calcul.

De plus, il est à noter que le calcul du profit vise à « obtenir une image fidèle du bénéfice du contribuable » et que les IFRS, remplaçant désormais les PCGR, seront

⁷³ *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 RCS 147, disponible en ligne à <http://www.canlii.org/>.

⁷⁴ À titre d'exemple, les articles 9 à 11 de la LIR énoncent les « règles fondamentales » en définissant notamment ce qui constitue un « revenu » (profit) et une « perte » provenant de l'exploitation d'une entreprise. Les articles 12 à 17 prescrivent les « éléments à inclure » dans le calcul de ce revenu et le traitement fiscal, parfois divergent du traitement comptable, de ces divers éléments. Ensuite, les articles 18 à 21 encadrent les « déductions » fiscales permises dans le calcul du revenu. Dans ce cas, il est fréquent que le traitement fiscal autorisé pour une dépense diffère significativement du traitement comptable. Enfin, la LIR contient d'autres provisions, aux articles 22 à 37, venant prescrire le traitement fiscal d'autres dépenses ou en des situations spécifiques dont les impacts se ressentent sur ce calcul du profit ou de la perte relativement à l'exploitation d'une entreprise.

utiles lorsqu'ils « peuvent influencer le calcul du revenu » mais uniquement « au cas par cas, selon les faits relatifs à la situation financière du contribuable », tels que le précisent les éléments #3 et #5 ci-haut. C'est donc dire que le calcul du profit d'une société par actions, à des fins fiscales, bien qu'il s'agisse d'une question de droit, fait également intervenir des éléments spécifiques aux « faits et circonstances » du contribuable.

Dans le contexte d'une consolidation comptable du profit d'entités au sein d'une EMN, ceci considéré dans l'optique d'application de la taxation unitaire, la comparaison avec l'analyse fonctionnelle, que ce soit au plan technique ou en regard des exigences du fardeau de la preuve, s'impose ainsi, de nouveau, d'elle-même. En d'autres mots, ces fondements juridiques, éventuellement applicables au processus de consolidation comptable, révèlent des caractéristiques qui le rende semblable à l'analyse de comparabilité effectuée pour l'application du principe de concurrence.

Reprenons notre exemple fictif afin d'illustrer nos affirmations. Dans le chapitre précédent, le rôle des faits et des circonstances a été longuement exposé lorsqu'il s'agit d'effectuer l'analyse fonctionnelle des sociétés par actions participant à une transaction contrôlée, par exemple la vente de tomates de la société MEXCO à VIERCO ou de la société écran VIERCO à CANCO. Il en est de même pour toutes les autres transactions contrôlées de notre cas fictif. Nous avons notamment présenté les impacts que les clauses contractuelles, les circonstances économiques et les stratégies commerciales auront sur l'analyse de chacune de ces transactions. Autant pour l'EMN que l'État, cela revient à dire que le processus d'analyse de comparabilité implique la compréhension de nombreuses informations de nature économique, commerciale et juridique et non pas de simples manœuvres comptables.

En comparaison, dans un univers alternatif où c'est plutôt la taxation unitaire qui aurait force de loi, le contribuable CANCO devrait calculer son profit, cette fois en tant qu'entreprise unitaire. Nous supposerons, le temps de cet exemple, que tous les États où se situent les sociétés par actions de notre cas fictif ont adhéré au nouveau

système de fiscalité internationale. Dans ce scénario simplifié, l'EMN CANCO inclurait au profit comptable consolidé une proportion relative au profit de chaque entité. Rappelons que cette inclusion pourrait se faire, selon les règles de la consolidation comptable, à hauteur de la proportion d'actions avec droit de vote détenue. Elle pourrait aussi résulter de l'application de l'approche économique, relativement à la détermination de l'entreprise unitaire, auquel cas une analyse fonctionnelle des entités corporatives serait requise. Bref, c'est par conséquent dire que ce sont à nouveau les faits, les circonstances et les relations juridiques entre les entités qui serviraient, d'une part, à définir la proportion du profit de chaque entité à inclure et, d'autre part, à calculer le profit comptable consolidé. Ainsi, au même titre que l'application du principe de pleine concurrence, ce calcul du profit consolidé de l'entreprise unitaire CANCO va nécessiter la compréhension de nombreuses informations de nature économique, commerciale et juridique et non pas de simples manœuvres comptables.

Dans un scénario alternatif, davantage plausible, où plusieurs des sociétés par actions de l'EMN CANCO seraient exclues de l'entreprise unitaire, nous avons observé que ce calcul comptable du profit consolidé se complexifierait considérablement, du moins en ce qui concerne les États adhérents. Il serait, par exemple, susceptible de diverses manœuvres comptables de la part de l'EMN, manœuvres d'un même ordre que les procédés déjà exposés en ce qui a trait à la recherche d'entités comparables aux fins de l'application du principe de pleine concurrence. Mais ce calcul comptable du profit consolidé demeurerait néanmoins, encore dans ce cas, soumis aux obligations prescrites par la jurisprudence en matière d'informations, du point de vue des États adhérents.

De la sorte, en taxation unitaire, dans un cas comme l'autre, les États adhérent au nouveau système de taxation unitaire font dorénavant collectivement face à des difficultés d'appréciation de la justesse des informations utilisées par l'EMN lors du calcul du profit comptable consolidé tout comme c'était le cas lorsqu'il fallait

apprécier l'exactitude de l'analyse de comparabilité de l'EMN ou de la recherche de comparables. Il est en effet illusoire de s'attendre à ce que l'EMN n'utilise pas l'ensemble des opportunités de manœuvres comptables et fiscales disponibles lors du processus de la consolidation du profit.

Les États adhérents doivent dès lors forcément corroborer la justesse de ce calcul sans quoi l'application de la taxation unitaire offrira au mieux des résultats mitigés tout comme ce que l'on reproche actuellement au système fondé sur le principe de pleine concurrence. Les spécificités du problème de l'asymétrie de l'information inhérente à la fiscalité internationale diffèrent donc, mais la finalité demeure la même : dans le cadre de sa relation avec les États adhérents, l'EMN peut exploiter cette stratégie, faisant partie de son pouvoir procédural, avec succès. Évidemment, l'efficacité de cette stratégie, du point de vue de l'EMN, sera amplifiée lorsque les stratégies relatives au comportement de défection sont disponibles.

À cela vient s'ajouter la dimension juridique du calcul, a priori comptable, du profit consolidé. Les États adhérents se retrouvent, une nouvelle fois, à l'instar de ce qui a été exposé relativement au principe de pleine concurrence mais également dans le cas de la détermination de l'entreprise unitaire, dans une situation où les exigences du fardeau de la preuve seront difficiles à rencontrer pour soutenir des changements aux calculs effectués par l'EMN. À l'image de la jurisprudence que nous avons déjà exposée, le fardeau de la preuve va peser principalement sur les épaules des États adhérents qui devront montrer en quoi le calcul de l'EMN ne reflète pas la réalité économique de cette dernière.⁷⁵

⁷⁵ On se remémorera notamment l'élément #6 du prononcé de l'arrêt *Canderel Ltée c. Canada* (1998), reproduit plus haut dans le texte, qui explique :

« En cas de nouvelle cotisation, une fois que le contribuable a prouvé qu'il a donné une image fidèle de son revenu pour l'année, image qui est compatible avec la Loi, la jurisprudence et les principes commerciaux reconnus, il incombe alors au ministre de prouver que le chiffre fourni ne donne pas une image fidèle ou qu'une autre méthode de calcul fournirait une image plus fidèle. » [soulignements dans le texte].

L'EMN exerce donc son pouvoir procédural avec succès. Dans un système de fiscalité internationale fondé sur la taxation unitaire, en ce qui a trait au calcul du profit comptable consolidé, les États adhérents seront collectivement confrontés à un univers de difficultés spécifiques à ce calcul, mais à plusieurs égards de nouveau semblables à celles que nous avons exposées quant aux cinq facteurs de comparabilité et lors de la recherche de comparables dans l'application du principe de pleine concurrence.

4.3.3 Conclusion

L'analyse du calcul du profit comptable consolidé maintenant exposé, nous allons terminer notre comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire avec un examen de la formule de partage de profits. Dans l'éventualité où les problèmes relatifs à la détermination de l'entreprise unitaire et au calcul du profit comptable consolidé seraient résolus, les composantes de la formule de partage de profits offrent, à leur tour, de très nombreuses opportunités de planifications fiscales à l'EMN, planifications dont les finalités, du point de vue de l'État, sont tout aussi négatives que celles actuellement observées par l'application du principe de pleine concurrence. La section qui suit présente les principaux éléments pertinents au design et à la mise en œuvre d'une formule de partage de profits.⁷⁶

4.4 Les formules de partage de profits

4.4.1 Introduction

En fiscalité internationale, une formule de partage de profits a pour objectif la répartition du profit consolidé entre les États qui participent à la taxation unitaire. On

⁷⁶ Rappelons de nouveau les trois balises générales sur lesquelles porte l'ensemble de notre exposé sur la taxation unitaire :

- la détermination de l'entreprise unitaire déjà présentée;
- le calcul du profit consolidé que nous venons d'analyser; et
- la formule de partage de profits.

entend par « formule » une expression algébrique utilisée par les États adhérents pour se partager le profit consolidé de l'entreprise unitaire dûment constituée. Voici un exemple simple. Supposons qu'un profit consolidé de 100 M\$ est à partager entre deux États adhérent à un système de taxation unitaire, l'État A et l'État B. Présumons également que les entités A et B de l'entreprise unitaire identifiée ont des ventes de 400 M\$ dans le pays A et de 600 M\$ dans le pays B. Prenons finalement pour hypothèse que ce sont les ventes, donc un « facteur des ventes », qui détermineront le partage du profit consolidé entre les États A et B. Il en résulte que le partage du profit consolidé se calcule par formule comme suit.

Part de l'État A : (ventes dans le pays A / ventes totales) x profit consolidé
 $(400 \text{ M\$} / 1\,000 \text{ M\$}) \times 100 \text{ M\$} = 40 \text{ M\$}$ ou 40 % du profit

Part de l'État B : (ventes dans le pays B / ventes totales) x profit consolidé
 $(600 \text{ M\$} / 1\,000 \text{ M\$}) \times 100 \text{ M\$} = 60 \text{ M\$}$ ou 60 % du profit

Notre exemple est évidemment une simplification. Une formule de partage de profits inclut habituellement plus d'un facteur à l'expression algébrique. Il existe en fait un nombre important de contributions sur le choix des facteurs à inclure et sur les possibilités de design d'une formule de partage de profits.⁷⁷

S'il est vraisemblable, en théorie, de créer une quantité presque illimitée de formules de partage de profits, dans la pratique, les possibilités sont relativement peu

⁷⁷ Lorsqu'il s'agit des éléments propres aux formules de partage de profits, cette section s'inspire en partie des contributions consultées incluant McIntyre (1992), Sorensen (1994), Christensen (1997), Klassen et Shackelford (1998), Weiner (1999), Li (2002), Hellerstein et McLure (2004), Cockfield (2004), Agundez-Garcia (2006), Avi-Yonah et Clausen (2007), Runkel et Schjelderup (2007), Eichner et Runkel (2007) et Hines (2009). Dans certains cas, nous référerons également le lecteur à d'autres contributions citées par ces auteurs. Pour l'ensemble de cette section, les références au contexte canadien, aux IFRS et les rapprochements avec le principe de pleine concurrence, sauf mention contraire, sont toutefois exclusivement de nous.

nombreuses. Il est ainsi sensé de regrouper les formules de partage de profits en deux catégories :

- la formule traditionnelle; et
- les autres types de formules.⁷⁸

Cette section porte principalement sur la formule traditionnelle de partage de profits. Cette formule se compose de trois facteurs : les ventes, les salaires et les actifs. Avant d'en débiter la présentation, quelques mots nous semblent appropriés sur les trois autres types de formules de partage de profits exposés dans la recherche sur le sujet : la formule des agrégats nationaux, celle sur la valeur ajoutée et la formule adaptée à un secteur spécifique d'activités.

En premier lieu, Agundez-Garcia (2006) suggère qu'il serait possible de concevoir une formule où le profit consolidé ferait l'objet d'un partage à l'aide « d'agrégats nationaux » tels que le PIB ou la population active.⁷⁹ Ce type de formules aurait l'avantage d'empêcher tout genre de manœuvres comptables ou fiscales des facteurs par l'EMN.⁸⁰ Par contre, une telle formule introduit un biais permanent et durable en faveur des pays les plus peuplés ou les mieux nantis du globe. À titre d'exemple, on ne saurait insérer le PIB américain et celui du Canada, exprimés en montants absolus, dans une même formule, sans concéder de ce fait un écrasant avantage, en termes de pondération, aux États-Unis comparativement au Canada lors du partage d'un profit consolidé. Dans la même veine, une mesure du PIB par habitant aurait cette fois pour résultat de largement favoriser les pays

⁷⁸ Notre choix n'est pas sans motivation. Dans la pratique, nous verrons que seule la formule traditionnelle est utilisée. Certaines des autres formules proposées méritent néanmoins qu'on s'y attarde brièvement pour mieux comprendre le sujet.

⁷⁹ En anglais : « The CTB [consolidated tax base] of any EU multinational group could be allocated with reference to factors aggregated at national level (macro factors) such as GDP [gross domestic product], VAT [value-added tax] bases at national level, etc. [...] » (p. 39).

⁸⁰ Nous constaterons plus loin dans cette section que les opportunités de manœuvres comptables et fiscales par l'EMN des trois facteurs entrant dans la formule traditionnelle sont effectivement nombreuses et variées.

industrialisés au détriment des pays en développement lors de l'application d'une formule précise. Ainsi, dans le meilleur des cas, ces formules se prêtent mieux à une taxation unitaire régionale plutôt que mondiale.

Par ailleurs, une formule composée d'un ou plusieurs agrégats nationaux ne peut que générer d'importantes distorsions entre la présence effective d'une EMN dans un pays spécifique et l'impôt à payer.⁸¹ Dit simplement, les États-Unis obtiendraient à tout coup une partie relativement large du profit consolidé d'une EMN spécifique compte tenu de la taille imposante de son PIB et de son PIB par habitant, ceci quelle que soit la présence effective de l'EMN sur son territoire. Les formules, fondées sur ce précepte, introduiraient de la sorte en fiscalité internationale un principe de taxation sans relation avec la base réelle d'imposition de l'EMN dans un pays donné.⁸² Cette dernière réalité est fatale. Parce qu'il brise le lien entre l'ampleur des activités commerciales de l'EMN dans un pays et le montant d'impôts à payer, ce genre de formules n'est pas envisageable en fiscalité moderne.⁸³

En deuxième lieu, Avi-Yonah et Clausing (2007) mentionnent la possibilité d'une formule fondée sur la « valeur ajoutée » qu'amène une entité aux activités commerciales de l'entreprise unitaire.⁸⁴ Agundez-Garcia (2006) souligne cependant

⁸¹ Agundez-Garcia (2006) explique : « The greatest disadvantage of this system is obviously that it may decouple an individual firm's tax payment to a member country from its real economic activity in that country. » (p. 41).

⁸² Un exemple chiffré permettra de compléter l'illustration. Pour une EMN précise, dans le cas du partage d'un profit consolidé entre les États-Unis et le Canada, ces premiers obtiendront systématiquement un peu plus de 90 % du profit puisque la taille du PIB américain représente approximativement dix fois celle du Canada. Dans un système alternatif où le PIB par habitant serait utilisé, cette proportion serait abaissée à environ 55 % du profit. Relativement à la méthodologie d'application d'une telle formule, là où le bât blesse encore davantage, c'est que chaque partage éventuel se fait sans égard à la présence effective de l'EMN dans chaque pays.

⁸³ Webber et Wildavsky (1986) relatent diverses époques où la taxation n'avait guère de relation avec l'importance ou la prospérité des activités économiques du contribuable. Voir par exemple les exposés aux pages 113-142 sur l'Empire romain et aux pages 167-88 sur l'Europe médiévale.

⁸⁴ Avi-Yonah et Clausing (2007) écrivent : « In the past fifty years, more than one hundred countries have adopted the value-added tax (VAT); each of these countries (including all other members of the OECD) has adopted the destination principle (i.e., imposing VAT on imports and rebating it on exports). The spread of destination-based VATs around the world provides a good

que ces formules ne sont que théoriques sur le plan de la fiscalité internationale.⁸⁵ En termes simples, de par la définition même de la valeur ajoutée, la mise en œuvre d'une formule de ce type exigerait l'évaluation des transactions contrôlées afin d'en dessiner la chaîne de la valeur ajoutée et d'identifier le ou les nexus de cette valeur ajoutée.⁸⁶ En d'autres mots, il faudrait déterminer, pour un bien précis, les entités qui contribuent à la valeur ajoutée qu'il contient.

Sur la scène internationale, l'OCDE mène actuellement une démarche qui s'inscrit dans ce courant de pensée aux fins de l'évaluation des échanges internationaux. OCDE (2014) met de l'avant la notion des « chaînes de valeur mondiale » dont l'objectif vise, à terme, la mesure de l'activité économique grâce à l'établissement de la valeur ajoutée produite dans les divers pays. Cette nouvelle approche de la mesure du commerce international tient compte de la « fragmentation croissante de la production à l'échelle internationale » dont l'EMN est responsable.⁸⁷ Il s'agit donc, ni plus ni moins, d'une série agrégée d'analyses fonctionnelles des chaînes de valeur globale des EMNs qui doit conduire, dans sa finalité, à une chaîne

example of how tax innovations can spread without a coordinating supranational agency or world tax organization, simply on the basis of countries' perception of their self-interest. » (note de bas de page #11, p. 13).

⁸⁵ L'analyse, fortement algébrique, est présentée aux pages 69-79. Pour les formules appuyées sur la valeur ajoutée, Agundez-Garcia (2006) réfère également à Lodin, S.O. et M. Gammie, 2001, « Home State Taxation », *International Bureau for Fiscal Documentation*, Amsterdam; et à Hellerstein, Walter et Charles E., Jr. McLure, 2004, « Lost in Translation: Contextual Considerations in Evaluating the Relevance of US Experience for the European Commission's Company Taxation Proposals », *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 58, pp. 86-98.

⁸⁶ Dans le contexte de l'application du principe de pleine concurrence, nous avons défini le nexus comme une situation où une entité de l'EMN devient assujettie à l'imposition d'un État lorsqu'elle génère des profits sur le territoire de celui-ci par le biais d'un établissement stable (en général, un emplacement physique mais pas forcément). Dans le contexte de la taxation unitaire appliquée à l'aide d'une formule fondée sur la « valeur ajoutée », la situation serait très semblable. L'État adhérent obtiendrait le droit à une fraction du profit consolidé lorsque, d'une part, des activités commerciales de l'EMN ont lieu sur son territoire et, d'autre part, lorsqu'une entité juridique de l'EMN y est effectivement assujettie à l'imposition. Ces deux conditions réalisées, il y aurait alors un nexus.

⁸⁷ Voir aux pages 60-62; les mots entre guillemets viennent de la page 60.

de valeur globale unique, exprimée pays par pays, pour l'ensemble des entreprises actives sur la scène internationale.⁸⁸

Ramené à notre sujet d'étude, l'analyse de la chaîne de valeur d'une EMN particulière serait donc en tout point analogue à l'analyse de comparabilité suggérée par les Principes de l'OCDE, spécifiquement l'analyse fonctionnelle qui permet d'identifier les activités générant la valeur ajoutée (i.e., le profit) à travers le monde. Nous voyons assez difficilement comment ce système viendrait alors avantageusement remplacer le principe de pleine concurrence dont l'application requiert également ce processus analytique. De plus, puisqu'une formule fondée sur la valeur ajoutée se fonde sur une analyse fonctionnelle, elle ouvre ainsi la voie aux mêmes types de procédés par l'EMN que ceux constatés lors de notre exposé sur la détermination de l'entreprise unitaire et le processus de consolidation comptable du profit. Autrement dit, les manœuvres comptables et fiscales portant sur la mesure des flux et de la rentabilité de l'EMN seraient toujours possibles, en plus d'arbitrages divers tels que sur les taux statutaires d'imposition variables au sein des pays industrialisés.

En dernier lieu, d'autres formules de partage de profits reposent sur l'utilisation de facteurs spécifiques à une industrie donnée.⁸⁹ Ces formules impliquent une compréhension approfondie d'une industrie donnée, une compréhension qui sera fort

⁸⁸ Le modèle proposé par l'OCDE se compose de « tableaux entrées-sorties nationaux ». Pour plus de détails sur les variables qui le composent, voir les pages 71-72 et le modèle algébrique aux pages 81-90.

⁸⁹ Agundez-Garcia (2006) explique : « In the US, special apportionment formulae apply for transport companies, publishing, television and radio broadcasting, financial businesses, investment companies and mutual funds, professional sports, construction contractors, satellite communication services and other miscellaneous businesses (Hellerstein and Hellerstein, 2000). In Canada, special allocation formulae apply for nine different industries: insurance corporations, banks, trust and loan corporations, railway corporations, airline corporations, grain elevator operators, bus and truck operators, ship operators and pipeline operators (Weiner, 2005). » (pp. 58-59). Pour plus de détails, voir Weiner, J.M., 2005, « Formulary Apportionment and Group Taxation in the European Union: Insights from the United States and Canada », *Taxation Papers, Working Paper n° 8*, DG Taxation and Customs Union, European Commission; et également Hellerstein, J. R. et W. Hellerstein, 2000, *State Taxation, 3rd Ed. Cumulative Supplement*, Warren, Gorham & Lamont, Valhalla, New York.

semblable, encore une fois, à ce qu'exige l'application du principe de pleine concurrence relativement au secteur d'activités de l'EMN. Cette compréhension est requise lorsque l'on souhaite introduire à la formule les facteurs pertinents à une industrie précise, facteurs qui doivent ensuite être correctement quantifiés. En finalité, ce type de formules est donc exposé à des difficultés semblables à celles rencontrées lors de l'analyse de comparabilité nécessaire à l'application du principe de pleine concurrence. Ces formules alternatives, modulées par industrie, illustrent entre autres choses que dans sa finalité, quelle que soit la formule sélectionnée, celle-ci est réputée être une codification des facteurs qui génèrent le profit dans l'entreprise unitaire.⁹⁰

Cela nous amène à la formule traditionnelle de partage de profits. La formule traditionnelle est de loin la plus étudiée dans les travaux relatifs à la taxation unitaire. Dans la pratique, elle est utilisée aux États-Unis et au Canada.⁹¹ Quelques mots sur la provenance nord-américaine de la formule traditionnelle nous semblent pertinents avant d'en étudier les facteurs. Weiner (1999) explique :

« Les états américains ont d'abord utilisé la taxation fondée sur une formule à la fin des années 1800 dans le but de prélever des taxes foncières aux compagnies de chemin de fer transcontinentales.¹² Une formule semblable fut ensuite utilisée afin de collecter des impôts. La Cour suprême américaine a rapidement statué sur l'existence du concept d'entreprise unitaire aux fins de cette taxation à travers les différents états américains.¹³ De ce fait, les tribunaux reconnaissaient que la base d'imposition dans un état donné ne pouvait pas s'établir uniquement à l'aide des activités de l'entreprise dans cet

⁹⁰ Agundez-Garcia (2006) explique : « FA tries to estimate the contribution of each jurisdiction to any given group's total taxable profits by using a predetermined formula whose elements represent the factors that are deemed to generate the group income. Thus, those jurisdictions in which (relative to others) there is a larger presence of that group's value-creating factors will get larger shares of that group's consolidated profits. » (p. 44). L'analyse est donc de nature économique. Elle porte sur les activités de l'EMN. La comparaison avec l'analyse de comparabilité effectuée pour l'application du principe de pleine concurrence s'invite ainsi sans peine dans la réflexion comme nous le verrons plus loin à plusieurs reprises.

⁹¹ Rappelons que Runkel et Schjelderup (2007) mentionnent l'existence de systèmes semblables pour l'impôt des sociétés par actions en Allemagne et en Suisse.

état. Il était plutôt nécessaire d'examiner la base d'imposition de l'ensemble de l'entreprise sur le territoire américain. »⁹²

Les travaux américains sur la taxation unitaire précèdent ainsi de quelques années ceux de la Société des Nations, amorcés dans les années 1920, auxquels nous avons brièvement fait référence au chapitre précédent. Weiner (1999) relate cette évolution historique américaine. Après la création de l'impôt sur le revenu américain en 1913, la *National Tax Association* (NTA) est créée en 1915. Son mandat principal consiste à mettre en place des règles venant éliminer la double imposition par les états américains d'un même profit d'entreprise.

Dès 1922, la NTA conclut que les formules de partage de profits représentent la voie à suivre mais qu'il n'existe pas de formule unique, juste et appropriée à toutes les circonstances.⁹³ Une formule générale émergera néanmoins au cours des années

⁹² En anglais : « The states first used formula-based taxation in the late 1800's for purposes of levying the property tax on the transcontinental railroad system. ¹² They began to use a formula for the corporate income tax at the turn of the century, and the U.S. Supreme Court soon approved of the 'unit rule' for taxing income earned through a series of operations located in multiple states. ¹³ These judicial decisions acknowledged that the value of the tangible property located in the state did not represent the total value of a multistate business. Instead, it was necessary to look at the tangible and intangible property values of the entire multistate unit of operations to determine its total value. » (pp. 6-7). Les notes (12) et (13) à la citation précisent ceci : « [note 12] For example, the opinion stated that "The theory of the system is manifestly to treat the railroad track, its rolling stock, its franchise, and its capital, as a unit for taxation, and to distribute the assessed value of this unit according as the length of the road in each county, city, and town bears to the whole length of the road." *State Railroad Tax Cases*, 92 U.S. 575 (1875). This ruling approved application of the "unit rule" to property physically connected over state lines and allowed the entire value of the unit to be apportioned to each state by formula. »; « [note 13] The Supreme Court first considered the 'unitary business principle' for property that was not physically linked in 1897 in *Adams Express Co. v. Ohio State Auditor*, 166 U.S. 171. It first addressed the formulary method for income tax purposes in 1920 in *Underwood Typewriter Co. v. Chamberlain*, 254 U.S. 113. It first used the term 'unitary business' in 1924 in *Bass Ale Ltd. v. Tax Comm'r*, 266 U.S. 271. »

⁹³ Hellerstein et McLure (2004) précisent : « A committee of the National Tax Association (NTA) reported in 1922 that "the factors entering into different formulas and given more or less weight therein, would include tangible property, intangible property, receivables, sales, manufacturing costs, wages, salaries, purchases, etc." » (Proceeds of the National Tax Association (1922), p. 202; cité par les auteurs en p. 208). Weiner (1999) explique que la NTA passera des années sur ce problème pour finalement en conclure que : « there is no one right rule of apportionment [...] The only right rule [...] is a rule on which the several states can and will get together as a matter of comity. » (Proceeds of the National Tax Association (1922), p. 202; cité par l'auteur en p. 10).

1930 : la formule traditionnelle encore en place aujourd'hui. On la nomme « Massachusetts three-factor apportionment formula ». Elle est construite avec les trois facteurs suivants : actifs, salaires et ventes.

La NTA en recommande l'adoption en 1933. Mais il faudra attendre jusqu'aux années 1960 pour qu'une application « uniforme » de cette formule soit mise en œuvre par le gouvernement fédéral américain.⁹⁴ Les leçons de l'histoire américaine en matière de taxation unitaire aidant peut-être, tous les auteurs recensés s'entendent pour dire que le succès d'une formule de partage de profits est dès lors proportionnel au degré de consensus des participants sur les notions fondamentales qui la composent (par exemple, la définition de l'entreprise unitaire, du profit consolidé à partager, etc.). Ainsi, le système américain connaît un succès relatif alors que le

⁹⁴ À titre de comparaison, il est intéressant de se rappeler que la même année, en 1933, la Société des Nations arrive à une autre conclusion sur le même problème, celui de la double imposition : le principe de pleine concurrence est seul apte à régler les problèmes de la double imposition du revenu. Cette différence d'opinions est selon nous parfaitement cohérente avec les contraintes du système de la fiscalité internationale. Nous y avons déjà fait allusion en introduction de chapitre : cette conclusion divergente s'explique par la présence d'un seul État souverain, les États-Unis, dans le cas de la taxation unitaire américaine, alors que le système de fiscalité internationale se compose de nombreux États souverains. Ceci dit, pourtant, aux États-Unis, il faudra attendre jusqu'en 1959 pour que cette réalité soit enfin explicitement reconnue. En effet, Weiner (1999) explique que chaque état américain applique une formule de partage de profits à sa façon dans les années 1930, 1940 et 1950. Les cas de double imposition du profit d'entreprise se multiplient. En 1957, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* incorpore la formule traditionnelle dans le *Uniform Division of Income for Tax Purposes Act* (UDITPA), encore de nos jours en vigueur. Les composantes de la formule de partage de profits sont ainsi définies en détail pour en assurer une application uniforme. Mais l'UDITPA n'obtient pas les résultats escomptés : la plupart des états américains n'adoptent pas la formule standardisée. De ce désordre, le gouvernement fédéral américain introduit finalement l'ordre. Le Congrès américain passe en 1959, la législation nécessaire pour obliger les états à se conformer à un standard minimal et met en marche une vaste consultation qui mènera à la création de la *Multistate Tax Compact and the Multistate Tax Commission* (MTC) en 1967, toujours existante aujourd'hui. Hellerstein et McLure (2004) précisent que depuis 1978, la plupart des états américains utilisent la formule à trois facteurs. Cependant, alors qu'à l'origine chaque facteur possédait une pondération équivalente de 33,3 %, près de la moitié des états américains octroient actuellement un poids double au facteur des ventes. Quelques états n'emploient plus qu'une formule fondée sur les ventes. L'uniformité américaine demeure ainsi relative.

système canadien est considéré « sans faille », du point de vue administratif, compte tenu de son application par un État national unique.⁹⁵

Au Canada, Weiner (1999) explique que les provinces canadiennes ont d'abord temporairement cédé leurs droits de taxation sur les sociétés par actions en échange de paiements compensatoires du gouvernement fédéral pendant la Deuxième Guerre mondiale. À la fin de la guerre, le gouvernement fédéral et les provinces se sont entendus pour la mise en place des « Tax Rental Agreements » (accords de location de domaine fiscal, en français). En vertu de ces accords, les provinces « louaient » leurs revenus fiscaux provenant des sociétés par actions en échange de paiements compensatoires et de la péréquation. Fondée sur un facteur unique, nommément la proportion des ventes brutes dans la province, la formule en place est ensuite modifiée pour y inclure aussi les salaires dès 1946. Cette formule à deux facteurs est toujours en vigueur au moment d'écrire ces lignes. Les conséquences fiscales qui en résultent demeurent sous la responsabilité exclusive du gouvernement fédéral canadien.⁹⁶

⁹⁵ Agundez-Garcia (2006) explique en effet : « Detailed study of the US FA system has shown that it suffers from serious theoretical and practical problems. In particular, it is highly complex because of the lack of uniformity across states regarding the factors and weights used to split income, the definition of the factors, the definition of the group, etc. » (p. 44). Voir à cet effet : Hellerstein, W. et Charles E., Jr. McLure, 2004, « The European Commission's Report on Company Income Taxation: What the EU can Learn from the Experience of the US States », *International Tax and Public Finance*, Vol. 11, pp. 199-220; et Hellerstein, W. et Charles E., Jr. McLure, 2004, « Lost in Translation: Contextual Considerations in Evaluating the Relevance of US Experience for the European Commission's Company Taxation Proposals », *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 58, pp. 86-98.

⁹⁶ Il est vrai que l'histoire de ce système de paiements compensatoires et du système de la péréquation canadienne est des plus riches en rebondissements entre 1960 et aujourd'hui. Mais nos propos ne concernent cependant que le système de formule de partage de profits tel qu'il s'est développé et existe actuellement au Canada. Pour en savoir davantage sur l'histoire canadienne, Weiner (1999) suggère : Boadway, Robin, 1989, « Corporate Tax Harmonisation: Lessons from Canada », in Gammie, Malcolm et Bill Robinson, eds., *Beyond 1992: A European Tax System*, Proceedings of the Fourth IFS Residential Conference, Oxford 1989, Institute for Fiscal Studies, 1989, pp. 52-57; et également Weiner, Joann M., 1994, *Company Taxation for the European Community. How Sub-national Tax Variation Affects Business Investment in the United States and Canada*, Ph.D. diss., Harvard University.

Dans un premier temps, au Canada, la LIR prévoit au paragraphe 124(1) qu'il « peut être déduit de l'impôt [fédéral] par ailleurs payable par une société en vertu de la présente partie [la partie I de la loi], pour une année d'imposition, une somme égale à 10 % du revenu imposable de la société, gagné au cours de l'année dans une province ». Cette déduction est qualifiée « d'abattement provincial ». Dit simplement, cette déduction de 10 % prévue par la loi est un « rabais » d'impôt fédéral accordé aux sociétés par actions. Il permet aux provinces et territoires canadiens de lever directement des impôts sur les sociétés par actions possédant un établissement stable à l'intérieur de leurs frontières géographiques respectives sans créer une surimposition de celles-ci.⁹⁷

La question à résoudre consiste donc à déterminer dans quels provinces ou territoires ce rabais d'impôt fédéral pourra être utilisé par la société par actions; il faut le partager.⁹⁸ Par conséquent, dans un deuxième temps, au niveau fédéral, l'allocation aux provinces et territoires de ce rabais de 10 % s'effectue à l'aide d'une formule à deux facteurs : les recettes brutes (ventes) de l'entreprise pour l'année d'imposition et le total des traitements et salaires que la société par actions a versé aux employés dans cette année d'imposition. Les proportions de ces deux facteurs dans chaque province et territoire, où la société par actions possède un établissement stable, permettent l'attribution du revenu imposable de la société à chaque province et territoire concernés. La formule canadienne n'est ainsi qu'une formule traditionnelle de laquelle a été éliminé le facteur des actifs.

⁹⁷ En termes techniques, cela signifie que la société par actions pourra demander ce rabais d'impôt fédéral lorsqu'elle devra payer de l'impôt à une province ou à un territoire. Dans la pratique, l'abattement provincial est accordé à toutes les sociétés par actions légalement incorporées au Canada. Le rabais d'impôt fédéral de 10 % est généralement disponible dès qu'il y a présence d'un nexus dans une province ou un territoire canadien. Dans certains cas, l'obtention du rabais est plus complexe mais ces détails n'ajouteraient en rien à notre exposé.

⁹⁸ Le lecteur ne doit pas voir dans cette finalité, en apparence différente du partage d'un profit consolidé, une complication du problème. La démarche menant à ce partage d'un rabais d'impôt fédéral entre les provinces et territoires canadiens pertinents est, en tout point, semblable à ce que serait celle du partage d'un profit consolidé dans un système de fiscalité internationale fondé sur la taxation unitaire.

Pour les fins d'un système de fiscalité internationale fondé sur la taxation unitaire, la formule traditionnelle de partage de profits se compose des facteurs des ventes, des salaires et des actifs. Abstraction faite des exemples historiques américain et canadien, sa constitution n'est pas dénuée de fondements théoriques. Alors que l'inclusion du facteur des ventes dans la formule a pour conséquence de tenir compte des effets de la demande des consommateurs, une composante essentielle au fonctionnement de l'économie de marché, les facteurs des salaires et des actifs tiennent plutôt compte des effets de l'offre, l'autre composante essentielle au fonctionnement de l'économie de marché, lors de l'exercice de partage du profit consolidé.⁹⁹

Les nombreux travaux sur la taxation unitaire reflètent de ce fait divers courants de pensée quant à la validité respective des trois facteurs à la formule. Par exemple, Eichner et Runkel (2007) suggèrent que seul le facteur des ventes est approprié.¹⁰⁰ Ils expriment ainsi une conception fortement keynésienne du fonctionnement de l'économie, axée sur la demande du marché, rejetant dès lors la pertinence des facteurs des salaires et des actifs. Les ventes représentant la demande du marché, sans vente, l'EMN cesse d'exister.

Toutefois, il est possible de concevoir l'économie de marché du point de vue de l'offre uniquement.¹⁰¹ Dans le cas de l'EMN, l'offre se dérive à partir des facteurs de production, nommément les coûts en main-d'œuvre et en capital. C'est dans cette perspective que l'inclusion des facteurs des salaires et des actifs dans la formule

⁹⁹ Avi-Yonah et Clausing (2007) expliquent: « In the case of a sales-based definition, the measure of economic activity is sales, which focuses on the demand side of market value. One could argue that a three-factor formula would also take into account the supply side of economic activity (with payroll and assets representing the capital and labor inputs into the production process) [...] » (pp. 13-14).

¹⁰⁰ Selon le modèle algébrique de ces auteurs : « The basic argument in favor of the sales factor is that it may mitigate or even eliminate the distortions in the international taxation of MNEs under FA. » (p. 18). Nous verrons plus bas que cette conclusion est très questionnable.

¹⁰¹ C'est d'ailleurs le cas de l'École de Chicago, un courant de pensée largement répandu en science économique qui s'inscrit généralement en opposition au keynésianisme. Pour plus de détails, le lecteur pourra se référer à un manuel d'introduction à l'histoire de la pensée économique.

traditionnelle de partage de profits trouve son sens.¹⁰² De la sorte, la formule traditionnelle de partage de profits a pour objectif de considérer autant la demande que l'offre dans une économie de marché.

Cette brève introduction maintenant complétée, les sous-sections qui suivent présentent divers éléments à considérer lors de l'utilisation des facteurs des ventes, des salaires et des actifs dans une formule de partage de profits, la clé de voûte du système de fiscalité internationale fondé sur la taxation unitaire. Nous verrons que définir et utiliser, dans la formule de partage de profits, les facteurs des ventes, des salaires et des actifs est un exercice qui n'est pas sans rappeler l'analyse des facteurs de comparabilité et le processus de recherche d'entités comparables au cours de l'application du principe de pleine concurrence.

Pour les États adhérents, de très nombreuses décisions seront nécessaires notamment quant à la quantification des facteurs. Nous constaterons qu'il faut également déterminer le nexus des ventes, des salaires et des actifs dans la formule. Ces obstacles inhérents à l'application d'une formule de partage de profits seront généralement amplifiés par les possibilités de manœuvres comptables ou fiscales qu'ils offrent à l'EMN. Enfin, nous allons constater que le design de la formule se rapproche de la marche à suivre lors de la sélection d'une méthode de prix de transfert dans le contexte de mise en œuvre du principe de pleine concurrence.¹⁰³

La prochaine sous-section analyse le facteur des ventes; la suivante s'intéresse au facteur des salaires. Nous terminons l'exposé avec l'examen du facteur des actifs et une brève analyse du problème de la pondération des facteurs dans une formule de partage de profits.

¹⁰² Nous résumons ici en quelques mots une conception moderne de l'économie de marché axée sur l'offre telle qu'enseignée aux futurs économistes. La technologie est présumée dériver de ces deux facteurs de production. Le lecteur pourra se référer à la fonction de production de Cobb-Douglas présentée dans les manuels d'introduction à la microéconomie pour en savoir davantage à ce sujet.

¹⁰³ Il faut de plus, déterminer la pondération à donner aux facteurs dans la formule de partage de profits. Par exemple, les ventes, les salaires et les actifs doivent-ils avoir une pondération équivalente de 33,3 % dans la formule? Nous reviendrons plus loin dans cette section sur cette question.

4.4.2 La composante des ventes

Le facteur des ventes devrait théoriquement être inclus à toute formule de partage de profits. En effet, comme l'énonce Agundez-Garcia (2006) : « le profit ne saurait exister si des biens ne sont pas d'abord vendus dans un endroit quelconque. »¹⁰⁴ Évidemment, cela peut également être des services. Au plan théorique, l'inclusion du facteur des ventes de biens ou de services dans une formule a pour conséquence de tenir compte des effets de la demande des consommateurs, une composante essentielle au fonctionnement de l'économie de marché, lors de l'exercice de partage du profit consolidé entre les États adhérant au système de la taxation unitaire.¹⁰⁵ Pour Eichner et Runkel (2007), réitérons qu'il s'agit en fait du seul facteur qui devrait être considéré dans une formule de partage de profits. Dans le contexte de la taxation unitaire américaine, Hellerstein et McLure (2004) formulent une opinion quelque peu divergente : ils soulignent que le facteur des ventes est celui qui génère le plus grand nombre de litiges fiscaux dans son application.¹⁰⁶

En dépit de sa simplicité apparente, le facteur des ventes contraint les États adhérents à faire certains choix méthodologiques préalablement à son inclusion dans

¹⁰⁴ En anglais : « The theoretical rationale for including gross receipts as an apportioning factor of the CTB is recognising the role that the place of demand plays in corporate profits: after all, profits would not be made if the goods were not sold somewhere. » (p. 52).

¹⁰⁵ Au cours de l'exercice de partage du profit consolidé, rappelons que ce sont les facteurs des « salaires » et des « actifs » qui tiendront compte des effets de l'offre, l'autre composante essentielle au fonctionnement de l'économie de marché.

¹⁰⁶ En anglais, ils écrivent à cet effet : « Of the three principal factors employed in the US, the sales factor has generated the most practical controversy. Controversial issues include determination of the state of destination of tangible personal property (intermediate or final); application of the "throwback" rule; application of the sales destination test to "drop shipment" sales; application of the sales destination test or throwback rule to sales made by a member of a combined group without nexus into a state where another member of the group has nexus; application of the cost-of-performance test to various services; and attribution of receipts from intangibles (including financial assets) » (p. 213). La présentation technique de ces litiges spécifiques dépasse les objectifs de notre exposé. Mais leur existence illustre, qu'à l'image de l'analyse de comparabilité, l'inclusion d'un facteur des ventes requiert un examen approfondi de divers éléments. Weiner (1999) offre une introduction non technique au facteur des ventes et aux principaux litiges qui y sont associés aux États-Unis (pp. 16-17).

la formule de partage de profits. Ce sont ces choix qui sont susceptibles d'engendrer des litiges fiscaux entre les États adhérents et les contribuables.¹⁰⁷

En termes communs, une vente peut se définir comme un « [c]ontrat synallagmatique parfait par lequel le droit de propriété sur une chose est transféré du vendeur à l'acheteur moyennant le paiement d'un prix par celui-ci. »¹⁰⁸ Il s'agit donc d'un contrat d'échange. Mais en fiscalité, une vente n'est pas simplement une vente : l'endroit où se fait effectivement cet échange a une importance considérable. Il en est de même quant à l'identification de l'entité corporative à qui revient le crédit de cette vente. En d'autres mots, en taxation unitaire, établir le nexus d'une vente donnée est essentiel.¹⁰⁹

Le nexus d'une vente entraîne des impacts très importants sur les résultats obtenus à l'aide d'une formule de partage de profits. Pour notre exposé, nous présentons les principaux éléments associés à la détermination du nexus d'une vente aux fins de la taxation unitaire; il s'agit :

- du facteur des ventes qui privilégie le point d'origine ou la destination finale des ventes;
- le problème des ventes orphelines; et
- la détermination du traitement fiscal qui sera accordé aux ventes électroniques.¹¹⁰

¹⁰⁷ Nous verrons plusieurs exemples à ce sujet dans les pages qui viennent.

¹⁰⁸ Définition de « vente » incluse à « vendre » (Larousse encyclopédique, Vol. 22, *Librairie Larousse*, 1979, p: 9442).

¹⁰⁹ On se souviendra que lorsqu'il y a un nexus dans un pays précis, l'État adhérent obtient ainsi le droit à une partie du profit consolidé. Cela implique qu'un État adhérent devra être en mesure, d'une part, de documenter qu'une vente donnée a lieu sur son territoire et, d'autre part, qu'une entité de l'EMN y est effectivement assujettie à l'imposition. Ces deux conditions rencontrées, il y aura un nexus donnant droit à une fraction du profit consolidé à cet État adhérent.

¹¹⁰ Outre ces éléments, les éléments suivants devraient aussi être pris en considération en regard du facteur des ventes, en fait en ce qui a trait aux « recettes de l'entreprise », pour l'inclusion dans une formule de partage de profits. Il s'agit :

- des ventes de produits intermédiaires; et
- du traitement à accorder aux redevances, dividendes, intérêts et autres sources de revenus.

L'origine ou la destination finale des ventes

Plusieurs auteurs soulèvent qu'il est possible de considérer les ventes d'une entité corporative de deux points de vue distinctifs. D'un côté, les ventes peuvent être envisagées par rapport à leur point d'origine; de l'autre, par rapport à leur destination finale. Hellerstein et McLure (2004) relatent qu'aux États-Unis la destination finale des biens corporels est considérée pour l'application de la formule de partage de profits tandis que dans le cas des services et des biens incorporels, c'est plutôt le point d'origine qui est utilisé.¹¹¹ Au Canada, la destination finale ou encore le point d'origine des ventes peut s'appliquer, selon la situation.¹¹² Mais quelle que soit l'option sélectionnée, insistons sur le fait qu'un nexus doit être clairement identifié sur le territoire de l'État adhérent qui entend obtenir une fraction du profit consolidé à partager.¹¹³

Ainsi, en fiscalité internationale, selon la perspective adoptée pour l'identification du nexus d'une vente précise, la répartition du profit générée par la formule de

Nous les omettons de notre exposé puisqu'il n'ajoute pas à notre exercice de comparaison entre le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire. Limitons-nous à souligner que ces éléments ne sont guère plus simples à traiter que ceux que nous présentons dans cette sous-section. Ils nécessiteraient des États adhérents une analyse des faits et circonstances semblable à ce qu'exige l'analyse de comparabilité des caractéristiques d'un bien ou d'un service. Pour plus de détails sur ces éléments, le lecteur pourra se référer à Li (2002) et Agundez-Garcia (2006).

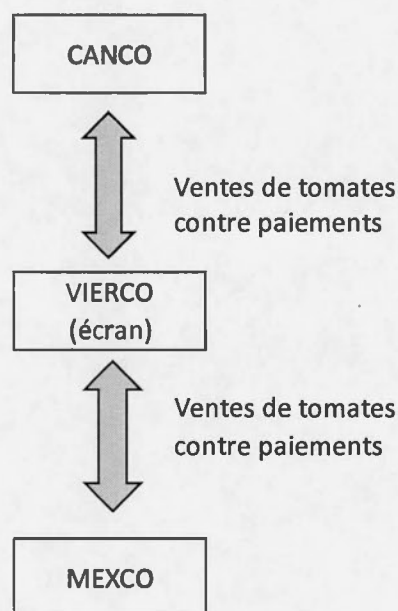
¹¹¹ Ils expliquent : « Sales of tangible property are generally attributed to the state of destination. By comparison, sales other than sales of tangible personal property (including receipts from services and from sales of intangible property) are commonly attributed to the state where income-producing activities are performed (either on an all-or-nothing basis to the state where the greatest fraction of cost of performance occurs or in proportion to such costs), but some states also attribute these sales to the state of the market for such services or intangibles (destination). » (p. 212).

¹¹² Le paragraphe 402(4) du *Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945*, codifie les différentes situations possibles. Au Canada, le traitement des ventes est habituellement cohérent avec celui préconisé pour les taxes à la consommation, dans le cas de la taxe sur les produits et services (TPS), à la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise, LRC 1985, c E-15* et, dans le cas de la taxe de vente du Québec (TVQ), à la *Loi sur la taxe de vente du Québec, RLRQ c T-0.1*. Les détails de ce traitement fiscal n'ajoutant pas à notre exposé, nous les omettons.

¹¹³ Encore une fois, pour un État adhérent donné, il y aura nexus, d'une part, lorsqu'une vente spécifique a lieu sur le territoire de cet État, considérée du point de vue de l'origine ou de la destination finale, et, d'autre part, lorsqu'une entité de l'EMN y est effectivement assujettie à l'imposition.

partage de profits sera extrêmement variable. Reprenons notre cas fictif pour illustrer cette affirmation. La société CANCO s'approvisionne en tomates auprès du producteur MEXCO, une société par actions située au Mexique, par le biais de la société écran VIERCO. Examinée du point de vue de la taxation unitaire, la société MEXCO vend en finalité l'ensemble de sa production de tomates à CANCO. Les tomates achetées par la société CANCO seront vendues sur le marché canadien. Présumons que les sociétés CANCO, MEXCO et VIERCO forment une entreprise unitaire. Le Canada, le Mexique et les Iles Vierges britanniques sont donc les trois États ayant droit, a priori, à une partie du profit consolidé.

Figure 4.8 Ventes et achat de tomates



Lorsque les États adhérents envisagent le facteur des ventes du point de vue de la destination finale de celles-ci, la totalité du profit consolidé de l'entreprise unitaire revient à la société CANCO puisqu'elle effectue l'ensemble des ventes de tomates de marché libre sur le marché canadien. Les ventes contrôlées sont ainsi exclues comme

nous l'avons exposé lors du calcul du profit consolidé à partager.¹¹⁴ Dans notre exemple, les ventes effectuées par la société MEXCO à VIERCO et celles de la société écran VIERCO à CANCO sont donc éliminées lors de la consolidation comptable. Une autre manière, également correcte, d'arriver à cette même conclusion serait de dire : bien que les ventes soient d'abord effectuées par la société MEXCO, celles-ci se font, en finalité, au Canada par la société CANCO à ses clients. La destination finale des ventes est de ce fait canadienne.

Toutefois, si l'on considère ce même facteur des ventes du point de vue de l'origine de celles-ci, c'est alors à la société MEXCO que reviendrait la totalité du profit consolidé puisque c'est d'elle que proviennent initialement les ventes. En effet, la société MEXCO produit les tomates et les vend ensuite à la société écran VIERCO qui les revend à CANCO par application des contrats d'approvisionnement signés par les parties.¹¹⁵

Notons donc immédiatement que les Iles Vierges britanniques, pays où est située la société écran VIERCO, n'ont dès lors jamais droit à une partie du profit consolidé, que ce soit le point d'origine ou la destination finale des ventes qui importe. Une situation qui s'explique par le fait que la société écran VIERCO agit seulement en tant qu'intermédiaire dans la transaction. Tel que nous y avons fait allusion lors de notre exposé sur la détermination de l'entreprise unitaire, cela illustre clairement en quoi un paradis fiscal ne pourrait jamais accepter d'adhérer, au moins en principe, à un système de taxation unitaire : cet État ne pourra, qu'en de rares cas, obtenir une

¹¹⁴ Exprimé en termes davantage techniques, nous dirions que les « ventes intermédiaires » sont alors exclues du facteur des ventes, ce qui est cohérent avec le processus de consolidation comptable du profit de l'EMN.

¹¹⁵ Réitérons qu'il est rare dans la pratique que des entreprises indépendantes fassent des affaires sans au préalable signer une entente ou un contrat. Tel que vu lors de la présentation de l'analyse de comparabilité, spécifiquement le facteur des clauses contractuelles, on s'attend à ce que les parties qui participent à une transaction contrôlée agissent de la même façon. Cet aspect trouverait donc également application en taxation unitaire afin d'établir le point d'origine des ventes.

partie minime du profit consolidé, soit uniquement lorsque les ventes auraient pour origine ce pays ou encore y seraient finalement destinées.¹¹⁶

Examinons maintenant s'il demeure possible à l'EMN d'utiliser son pouvoir procédural afin d'influencer à son avantage les résultats obtenus par le biais de la formule de partage de profits, relativement à cette localisation géographique des ventes, où une société écran semble a priori inutile à l'organisation de ses activités commerciales. Pour la suite de notre exposé, nous allons donc faire abstraction de la société écran VIERCO afin de simplifier le raisonnement. La vente de tomates se déroulera désormais uniquement entre les sociétés MEXCO et CANCO. Aux fins de notre exposé, présumons cependant que la charge fiscale est moindre pour la société MEXCO comparativement à CANCO. Une possibilité d'arbitrage des taux d'imposition statutaires est alors disponible.

Nous avons déjà fait allusion, à quelques reprises, à l'importance de cette possibilité d'arbitrage entre les taux d'imposition statutaires de divers États, particulièrement lors de la définition de notre concept du pouvoir procédural de l'EMN. C'est de nouveau cette caractéristique fondamentale du système de la fiscalité internationale, en termes plus généraux l'absence d'uniformité des divers systèmes domestiques d'imposition, qui vient ouvrir la voie à l'exercice réussi du pouvoir procédural par l'EMN autant dans le système actuel qu'en taxation

¹¹⁶ Sans inutilement alourdir notre présentation, le lecteur notera que ce constat peut se généraliser à tous les types d'entités qui jouent un rôle d'intermédiaire au sein d'une EMN, donc à toutes les sociétés écran ou relais. Dans un système de fiscalité internationale fondé sur la taxation unitaire, les entités intermédiaires, que leurs fonctions respectives soient de nature fiscale ou commerciale, sont habituellement pénalisées par l'application d'une formule de partage de profits. Notre exemple l'illustre pour le facteur des ventes; une explication semblable est possible pour le facteur des salaires. En effet, au sein d'une EMN, peu d'employés œuvrent habituellement en paradis fiscaux. Lors de l'exposé sur le facteur des actifs, nous analyserons quelques manœuvres comptables et fiscales de l'EMN susceptibles, dans certaines circonstances précises, de venir renverser ces désavantages spécifiques aux paradis fiscaux lors de l'application d'une formule de partage de profits.

unitaire.¹¹⁷ Annonçons ainsi tout de suite nos conclusions : l'entité présente dans un paradis fiscal dorénavant exclue, il demeure effectivement possible à l'EMN d'influencer avec succès le partage du profit consolidé, que la caractérisation du facteur des ventes se fonde sur le point d'origine ou sur la destination finale de celles-ci.¹¹⁸

Dans le cas où on utiliserait l'approche du point d'origine des ventes, Klassen et Shackelford (1998) confirment que l'EMN va localiser l'ensemble de ses facteurs de production dans les pays à faibles taux d'imposition statutaires.¹¹⁹ Dans notre exemple, l'ensemble des facteurs de production de tomates serait ainsi localisé au Mexique, ceci au détriment de l'État canadien, à bien des égards, puisque cette localisation signifie que le prélèvement de l'impôt sur le revenu des salariés et, le cas échéant, les investissements en capitaux se feraient exclusivement au Mexique.¹²⁰ Cet arbitrage, en termes de localisation géographique des facteurs de production, équivaut à une manœuvre comptable de déplacement géographique des coûts engagés par l'EMN.

¹¹⁷ Rappelons que nous reviendrons en conclusion de la thèse sur les conséquences et les options disponibles pour faire face à cette réalité lorsque nous tenterons de généraliser les résultats de notre analyse.

¹¹⁸ Sans inutilement alourdir l'exposé, in extenso, cela implique par ailleurs que cette influence serait également possible même si les États adhérents optaient pour une approche où l'on combinerait le point d'origine et la destination finale. Il s'agirait d'utiliser partiellement les diverses stratégies que nous allons maintenant présenter. La nature d'une stratégie donnée sera évidemment contingente avec les contraintes précises et l'objectif spécifique poursuivi par l'EMN. Notre exposé est donc d'abord théorique pour ensuite devenir davantage pratique grâce à notre cas fictif.

¹¹⁹ Dans le contexte américain, Klassen et Shackelford (1998) précisent à cet effet qu'il existe une relation inverse entre les ventes et les taux d'imposition statutaires : « The apportionment factor tests reveal a negative relation between manufacturing shipments and the tax rate applied to sales through the formula. The finding is consistent with companies structuring their shipments so that sales are reported to less heavily taxed states, reducing their overall tax liability. » (p. 387).

¹²⁰ En faisant abstraction de toute société écran ou relais, on pourrait s'attendre à ce que les activités de distribution et de commercialisation de tomates, actuellement effectuées par CANCO, soient également transférées vers la société MEXCO. L'expertise technique le permettant, un transfert des fonctions de R&D serait de plus envisageable.

Au chapitre précédent, nous avons analysé une telle démarche dans le contexte d'application d'une méthode de prix de transfert relativement au principe de pleine concurrence. Il s'agissait de la manœuvre comptable portant sur les coûts engagés lors de l'application d'une méthode fondée sur une marge bénéficiaire. L'EMN associait alors ses coûts à l'une ou l'autre des entités participant à la transaction contrôlée selon la marge bénéficiaire à obtenir pour une entité spécifique.¹²¹ Ces manœuvres relativement aux coûts demeurent ainsi disponibles en taxation unitaire lorsque le facteur des ventes est fondé sur le point d'origine. Elles sont néanmoins beaucoup plus significatives et durables car effectuées par la localisation ou la relocalisation géographique des facteurs de production et non pas grâce à de simples écritures comptables. Dans sa relation avec les États adhérents, le pouvoir procédural de l'EMN est donc utilisé avec succès pour diminuer la charge globale d'impôts à payer.

Le problème des ventes orphelines

L'exemple précédent illustre ainsi en quoi l'approche de la destination finale des ventes est généralement jugée supérieure à celle préconisant le point d'origine par les auteurs et chercheurs aux fins de la taxation unitaire.¹²² Relativement à notre exposé,

¹²¹ Bien que notre analyse ait ainsi porté sur un procédé comptable portant sur les coûts, notons que l'EMN localise déjà physiquement ses facteurs de productions dans les pays où les coûts de production sont les plus faibles. Dans le système actuel fondé sur le principe de pleine concurrence, le procédé de localisation géographique des facteurs de production est donc exploité, d'une part, pour minimiser les coûts de production et, d'autre part, pour la minimisation de la charge globale d'impôts à payer.

¹²² Les auteurs recensés suggèrent que l'utilisation de la destination finale des ventes, en tant que facteur de partage de profits, ne peut pas être influencée par l'EMN. Par exemple, on se souviendra de Eichner et Runkel (2007) qui soutiennent : « The basic argument in favor of the sales factor is that it may mitigate or even eliminate the distortions in the international taxation of MNEs under FA. » (p. 18). Dans le même ordre d'idées, Agundez-Garcia (2006) écrit : « Gérard (2005) argues that the introduction of a sales by destination apportioning factor (a variable which is assumed that cannot be affected by the firms' behaviour [...]) » (p. 56). [Gérard, M., 2005, « Multijurisdictional Firms and Governments' Strategies under Alternative Tax Designs », *CESifo Working Paper No. 1527*]. Avi-Yonah et Clausing (2007) maintiennent que le facteur des ventes, fondé sur la destination finale, est le moins « dommageable » sur le plan des recettes fiscales de l'État. Ils expliquent : « Observers have

l'approche de la destination finale des ventes semble effectivement permettre aux États adhérents de se prémunir contre ce type, fort simple, de déplacements des coûts très semblables à ce qui est disponible lors de l'application du principe de pleine concurrence. Mais elle possède toutefois ses propres faiblesses : l'approche de la destination finale des ventes laisse en fait place à de nombreuses possibilités indirectes de planifications fiscales d'un autre ordre pour l'EMN grâce à l'exploitation du phénomène des « ventes orphelines », phénomène qui traduit un comportement de l'EMN, parfois volontaire, parfois involontaire, mettant partiellement fin à sa relation avec les États adhérent au système de taxation unitaire.

Nous entendons par la notion de ventes orphelines, les ventes effectuées à l'extérieur de la zone géographique qui serait délimitée par l'entreprise unitaire. Inutile de préciser que de telles ventes sont habituellement motivées commercialement. Nous avons déjà analysé les problèmes qu'occasionnent les entités non incluses à l'entreprise unitaire quant à une mise en œuvre réussie de la taxation unitaire. Nous y revenons maintenant afin d'en exposer les tenants et aboutissants en ce qui a trait aux manœuvres disponibles à l'EMN lors de la mise en œuvre de la formule de partage de profits par les États adhérents.¹²³

Dans un premier temps, l'approche de la destination finale des ventes est soumise au problème des ventes effectuées dans un pays où l'EMN ne possède pas d'entité

noted that an FA system creates an implicit tax on the factors used in the formula, thus discouraging assets and employment in high-tax locations. [...] Sales would be determined on a destination basis: that is, they would be based on the location of the customer rather than the location of production. We propose this destination-basis sales formula for several reasons. [...] The key advantage of a sales-based formula is that sales are far less responsive to tax differences across markets, because the customers themselves are far less mobile than are firm assets or employment. » (p. 12).

¹²³ L'expression « ventes orphelines » est de nous. Les écrits recensés ne semblent pas percevoir les conséquences fiscales négatives de ce type de ventes pour les États adhérents. Relativement à cette question, Agundez-Garcia (2006), aux pages 55-57, recense diverses contributions où sont analysées les conséquences économiques du déplacement des facteurs de production. Bien que ces travaux servent effectivement à illustrer les effets néfastes des paradis fiscaux sur les recettes fiscales et le taux d'emploi des pays industrialisés, ils n'expliquent pas en quoi un facteur de ventes fondé sur la destination finale est tout aussi déficient que celui utilisant plutôt le point d'origine des ventes aux fins de la taxation unitaire.

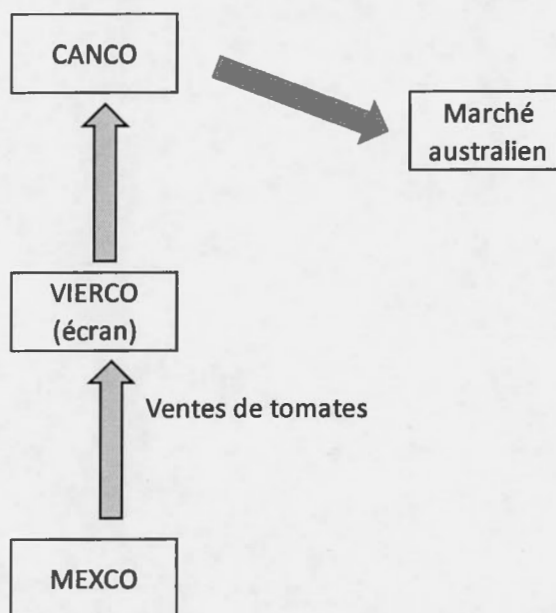
corporative. Dit simplement, dans ce contexte, il y a des ventes mais il n'y a pas d'entité à laquelle associer ces ventes lorsque le facteur se fonde sur la destination finale des ventes. Ces ventes sont de la sorte dites orphelines pour l'application de la formule de partage de profits. Dans un tel cas, il n'existe pas d'entité à laquelle pourrait être assignée la partie du profit consolidé relativement à ces ventes; il n'y a pas de nexus.

Dans notre cas fictif, la société CANCO pourrait directement effectuer des ventes de cargaisons de tomates en Australie auprès de distributeurs indépendants, ceci que l'EMN possède ou non une entité dans ce pays. Une question se pose alors : en l'absence d'une entité de l'EMN sur le marché australien, à qui devrait revenir le profit associé à ces ventes lorsque le facteur des ventes s'appuie sur l'approche de la destination finale? Cette question est a priori sans réponse dans le contexte de la fiscalité internationale.¹²⁴ Dans la pratique, s'il est vrai que les plus grandes et les plus anciennes EMNs possèdent au moins une entité corporative dans presque tous les pays du monde, il existe également de très nombreuses EMNs, créées depuis une vingtaine d'années, qui ne sont présentes que dans quelques pays en dépit de ventes effectuées dans de très nombreux pays. Ce problème est ainsi significatif.¹²⁵

¹²⁴ Spéculons que dans un tel cas, il serait vraisemblable que les États adhérents choisissent d'examiner le facteur des ventes du point de vue du point d'origine. C'est actuellement le cas aux États-Unis; Hellerstein et McLure (2004) relate : « Many states employ a "throwback" provision that attributes to the state of origin sales that are made to a state that lacks jurisdiction to tax the income of the vendor or to the federal government. » (p. 212). Évidemment, l'EMN ferait alors en sorte que l'origine de toutes ses ventes orphelines soit spécifiquement localisée dans un pays à taux d'imposition statutaire faible.

¹²⁵ Bien que nous n'ayons pas été en mesure de dénicher des statistiques précises à cet effet, nous énonçons cette idée sans réserve. D'autant plus que rien n'empêcherait l'EMN de mettre fin à sa présence corporative dans un pays donné, sans pour autant cesser d'y effectuer des ventes, en réponse à l'implantation de la taxation unitaire.

Figure 4.9 Ventes orphelines en Australie

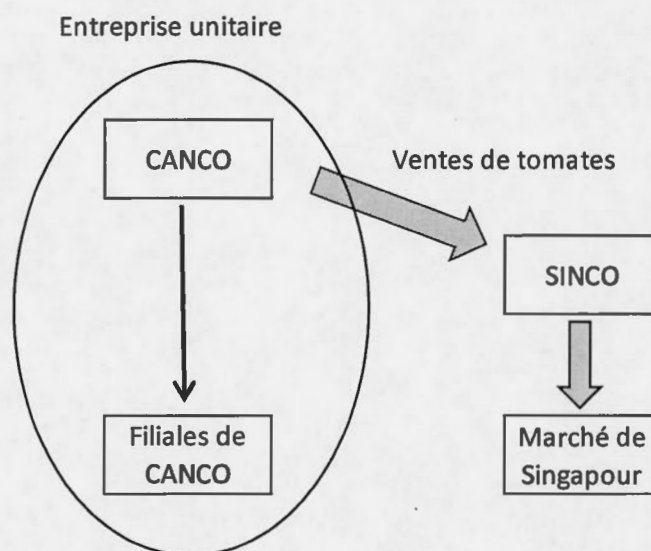


Dans un autre ordre d'idées, certaines ventes peuvent s'effectuer par une entité corporative de l'EMN assujettie à l'imposition d'un État, dans le pays où celui-ci est souverain, bien qu'il n'adhère pas au système de taxation unitaire. Reprenons encore notre cas fictif afin d'illustrer cette situation. Supposons que la société SINCO, située à Singapour, s'approvisionne en tomates auprès de sa maison-mère CANCO. Présumons également que Singapour n'est pas un État qui adhère au système de taxation unitaire. Dans le respect des règles actuelles de conduite en fiscalité internationale, la société SINCO ne peut pas être insérée unilatéralement à l'entreprise unitaire.¹²⁶ Dès lors, le facteur des ventes fondé sur la destination finale

¹²⁶ À moins bien sûr d'accepter la possibilité d'engendrer unilatéralement la double imposition, donc d'adopter la ligne dure tel que le suggère Tanzi (2000) déjà cité. Mais réitérons que, selon nous, ce mode de mise en œuvre de la taxation unitaire est peu réaliste car il nous apparaît comme une violation directe du principe fondamental de la souveraineté des États en plus d'être une source fertile de litiges juridiques avec les contribuables.

ne trouve pas application avec succès pour ces ventes. Elles deviennent de la sorte des ventes orphelines pour l'application de la formule de partage de profits.

Figure 4.10 Ventes orphelines extérieures à l'entreprise unitaire



Le comportement commercial de l'EMN met ainsi indirectement et partiellement fin à sa relation avec les États adhérant au système de taxation unitaire. Fort significatif, dans sa finalité, cette perspective d'analyse met en évidence que le système de taxation unitaire doit nécessairement recueillir l'adhésion d'un nombre d'États suffisamment important en taille et en nombre sans quoi, les ventes orphelines permettraient à l'EMN d'éliminer toute forme de profits à partager pour les États adhérents. L'exemple suivant suffira pour s'en convaincre. Supposons qu'une faible proportion de 10 % des ventes de l'EMN s'effectue soit dans des pays où il n'y a pas d'entité détenue par l'EMN, donc pas de nexus, ou encore dans des paradis fiscaux, pays en développement et autres pays qui n'adhèrent pas au système de taxation unitaire.

D'abord, suite à une demande d'information par les États adhérents, il serait alors possible à l'EMN de présenter son état du résultat net consolidé mondialement comme suit.

Tableau 4.3 Impact des ventes orphelines sur le profit consolidé

	Données « orphelines » (col. 1)	États adhérents avec nexus (col. 2)	Totaux (col. 3)
Ventes de libre marché	100 M\$	900 M\$	1 000 M\$
Coûts	(50 M\$)	(900 M\$)	(950 M\$)
Profit	50 M\$	0 M\$	50 M\$

On le constate immédiatement au tableau, les États adhérents se retrouvent avec un profit consolidé à partager qui est nul.¹²⁷ Ainsi, l'EMN n'aurait aucun impôt à payer dans les pays adhérent à la taxation unitaire. En regard du processus de consolidation comptable, cet exemple illustre une situation où l'EMN associe le montant en coûts le plus élevé possible (900 M\$, en 2^e colonne) aux ventes de libre marché dont la destination finale se trouve dans les pays adhérents (également 900 M\$, en 2^e colonne). Cette stratégie est semblable à celle que nous avons déjà analysée au cours de l'utilisation de comparables internes pour l'application du principe de pleine concurrence alors que l'EMN attribue ses coûts de manière à déterminer une marge bénéficiaire précise.¹²⁸

L'exemple illustre également, en arrière-plan, une situation où l'EMN quantifie les transactions contrôlées entre les entités situées dans les pays adhérents et celles

¹²⁷ Rappelons que nous prenons pour hypothèse qu'une telle présentation comptable serait motivée par une possibilité d'arbitrage entre les taux d'imposition statutaires. Elle pourrait aussi être motivée par l'existence d'autres types d'avantages fiscaux découlant de l'absence d'uniformité des divers régimes fiscaux domestiques des pays adhérents et des pays non alignés.

¹²⁸ Nous avons alors constaté qu'il est possible à l'EMN de quantifier la marge de profit sur ses ventes de libre marché, à pratiquement n'importe quel niveau de rentabilité, en ajoutant ou en soustrayant du calcul des montants qui devraient autrement être associés à ses ventes contrôlées.

dans les pays non alignés de sorte que les coûts de ces premières soient effectivement le plus élevés possible. Il s'agit ainsi d'une opportunité indirecte de gonflement des coûts dans le contexte de l'exploitation du phénomène des ventes orphelines. Ces coûts artificiellement gonflés sont inclus au montant de 900 M\$ engagé par les entités présentes dans les pays adhérant au système de taxation unitaire. En d'autres mots, puisqu'il s'agit d'une EMN, une partie des coûts engagés par les entités situées dans les pays adhérents sont des coûts contrôlés. En contrepartie, un même montant représente des revenus contrôlés pour les entités situées dans les pays non alignés. Le processus de consolidation comptable contient donc une possibilité de manœuvre fiscale qui, en plus de contribuer à rendre nul le profit de l'entreprise unitaire, permet le déplacement de revenus vers les pays non alignés.

Étant donné que les entités corporatives des pays non alignés ne sont pas incluses à l'entreprise unitaire, ces transactions contrôlées permettent dès lors la planification fiscale à l'image de ce qui est possible dans le système actuel. La disponibilité de cette stratégie résulte évidemment de la détermination partielle d'une entreprise unitaire. Elle est en tout point semblable aux stratégies actuellement disponibles dans le système fondé sur le principe de pleine concurrence. Néanmoins, elle est selon nous plus dommageable du point de vue des États adhérents puisque plus difficilement détectable. Le processus de consolidation comptable fait office de voile, rendant de la sorte plus opaque la manœuvre fiscale.

Afin de contrer cette stratégie qui n'est rien d'autre qu'une concrétisation de l'exploitation de l'asymétrie de l'information inhérente à la fiscalité internationale, les États adhérents devraient collectivement effectuer une démarche semblable à la consolidation comptable de l'EMN, considérée dans son intégralité, afin d'en identifier l'ensemble des transactions contrôlées. Une deuxième consolidation comptable serait ensuite nécessaire dans le but de regrouper uniquement les entités intégrées à l'entreprise unitaire. De plus, la quantification des transactions contrôlées entre l'entreprise unitaire et les entités situées dans les pays non alignés serait requise

afin d'en arriver au profit comptable consolidé qui serait alors à partager entre les États adhérents. Ce dernier exercice exigerait vraisemblablement l'application du principe de pleine concurrence que l'on vise pourtant à remplacer.¹²⁹

Pour procéder aux consolidations comptables requises, les États adhérents devront ainsi obtenir énormément d'informations de la part des diverses entités de l'EMN afin de « combiner les postes semblables d'actifs, de passifs, de capitaux propres, de produits, de charges et de flux de trésorerie de la société mère et de ses filiales ». ¹³⁰ Du point de vue des États adhérents, nous avons déjà suggéré que cet exercice exigerait forcément que ces « postes semblables » soient clairement identifiés ou identifiables et convenablement quantifiés ou quantifiables pour que ceux-ci soient en mesure d'en confirmer la validité. Il faudrait par ailleurs tenir compte d'autres éléments que nous n'avons pas exposés afin d'alléger la présentation. ¹³¹ Cet exercice est somme toute très analogue à ce que requiert une analyse de comparabilité, incluant l'analyse des caractéristiques d'un bien ou d'un service en plus de l'examen des clauses contractuelles, des stratégies commerciales de l'EMN et des circonstances économiques.

Tel que nous l'avons déjà conclu lors de notre exposé sur le profit comptable consolidé, effectuer cette consolidation des charges et des produits, en l'absence d'une pleine collaboration du contribuable, constitue un exercice, selon nous impossible à réaliser par les États adhérents, puisque certaines entités de l'EMN sont situées dans des pays qui n'adhèrent pas à la taxation unitaire. Nous avons également

¹²⁹ Il n'est pas possible d'éliminer simplement ces transactions contrôlées dans le processus de consolidation comptable car elles s'effectuent avec des entités qui sont situées à l'extérieur de l'entreprise unitaire, des entités assujetties aux lois fiscales respectives des États des pays non alignés.

¹³⁰ IFRS 10, paragraphe B86 de l'annexe B, déjà cité.

¹³¹ Par exemple, il sera nécessaire d'établir le traitement fiscal à accorder aux redevances, dividendes et revenus d'intérêts. Agundez-Garcia (2006) passe brièvement en revue les aspects techniques de ces éléments. Mais nous n'avons pas réussi à identifier une quelconque publication qui approfondisse les difficultés associées à ces items pour la mise en place de la taxation unitaire. Pourtant, ils sont déjà tous et chacun la source de nombreux litiges dans le système actuel de fiscalité internationale, tel que nous l'avons brièvement exposé dans notre définition du pouvoir procédural de l'EMN au deuxième chapitre.

soulevé que cet exercice de consolidation va générer de multiples complications potentielles d'un nouvel ordre relativement à la dimension juridique du calcul du profit.¹³²

À l'instar de ce qui a été analysé au sujet du principe de pleine concurrence, les États adhérents font dès lors collectivement face à une situation où les exigences du fardeau de la preuve sont difficiles à rencontrer afin de justifier des changements aux calculs effectués par l'EMN. Devant le tribunal, les États adhérents devraient faire la démonstration de la supériorité de leur calcul du profit consolidé de l'entreprise unitaire comparativement à celui proposé par l'EMN.¹³³ Ainsi, que le facteur des ventes soit fondé sur le point d'origine ou la destination finale, l'EMN va exercer son pouvoir procédural avec succès dans le système de la taxation unitaire, ceci dans le cadre de ses relations avec les États adhérents et les pays non alignés et, simultanément, en y mettant fin partiellement par l'influence du calcul de la consolidation comptable.

Le traitement spécifique des ventes électroniques

Depuis la mise en place de l'Internet « civil / commercial » dans les années 1990, le commerce électronique, aussi appelé e-commerce, est en constante progression.¹³⁴ Le commerce électronique de l'EMN a donné lieu à une toute nouvelle catégorie de ventes de biens et de services et au développement de nouveaux types de clientèles.

¹³² En effet, rappelons que le processus de consolidation comptable, dans le contexte de la fiscalité, nécessite la compréhension de nombreuses informations de nature économique, commerciale et juridique et non pas de simples manœuvres comptables.

¹³³ Dans le contexte canadien, répétons l'élément #6 du prononcé de l'arrêt *Canderel Ltée c. Canada* (1998), déjà cité, qui explique :

« En cas de nouvelle cotisation, une fois que le contribuable a prouvé qu'il a donné une image fidèle de son revenu pour l'année, image qui est compatible avec la Loi, la jurisprudence et les principes commerciaux reconnus, il incombe alors au ministre de prouver que le chiffre fourni ne donne pas une image fidèle ou qu'une autre méthode de calcul fournirait une image plus fidèle. » [soulignements dans le texte].

¹³⁴ Nous le qualifions d'Internet civil par opposition à l'Internet militaire / académique créé dans les années 1970.

Le modèle d'affaires de certaines entreprises repose exclusivement sur l'existence de l'Internet.¹³⁵ Mais ce faisant, sont apparus de nouveaux problèmes de fiscalité corporative.

En 2005, l'OCDE a publié *E-commerce : Transfer Pricing and Business Profits Taxation* à ce sujet, ouvrage dans lequel est présentée la position des pays membres.¹³⁶ Dans ce document, les pays membres étudient divers scénarios relativement au commerce électronique visant à l'application du principe de pleine concurrence. Un examen par l'administration fiscale du commerce électronique fondé sur les modalités de l'analyse fonctionnelle, présentées dans les Principes de l'OCDE, est suggéré.¹³⁷

En résumé, pour l'application du principe de pleine concurrence, la position actuelle des pays membres de l'OCDE consiste à identifier la localisation géographique des serveurs informatiques de l'EMN. Puisque ceux-ci permettent d'effectuer les ventes électroniques, ils sont alors rattachés à une entité spécifique de l'EMN. Les ventes trouvent ainsi nexus. Cela a pour effet d'assigner le profit relatif à la fonction de commercialisation électronique, la fonction du e-commerce, à l'entité qui l'effectue à l'aide de ses serveurs informatiques. Mais dans un univers numérique où l'information peut aisément faire le tour du monde en quelques secondes, établir le point d'origine d'une information précise semble peine perdue. Comment, en effet, établir l'origine d'une vente électronique qui peut naturellement transiter sur des serveurs informatiques à travers le monde presque instantanément?¹³⁸

¹³⁵ Amazon.com, Ebay.com et Orbitz.com viennent immédiatement en tête de liste à cet effet.

¹³⁶ OCDE, 2005, *E-commerce: Transfer Pricing and Business Profits Taxation*, OECD Tax Policy Studies, No. 10.

¹³⁷ Les pays membres de l'OCDE énoncent également leur intention consistant à modifier la convention fiscale modèle pour tenir compte des réalités spécifiques au commerce électronique. À ce jour, ces modifications n'ont pas eu lieu.

¹³⁸ Voir à cet effet : Pollock, Ian, 2012, « Corporation Tax : Easy for Multinationals to Avoid? », BBC News, 5 April 2012, <http://www.bbc.co.uk/news/business-17625874> (consulté le 6 décembre 2013).

Resitué dans l'univers d'application spécifique d'un éventuel système de taxation unitaire, les ventes électroniques seraient ainsi traitées à l'aide d'une approche fondée sur le point d'origine.¹³⁹ Mais cela n'est pas si simple. Agundez-Garcia (2006) fait référence au problème de la « localisation des ventes » : quel État adhérent aura le droit d'appliquer son régime fiscal domestique aux ventes électroniques?¹⁴⁰ Dans le cas où le point d'origine des ventes électroniques serait identifié de la même manière que pour l'application du principe de pleine concurrence, donc effectivement associé à l'entité qui effectue la fonction de commercialisation électronique, cela ramènerait au premier plan l'opportunité d'utiliser les sociétés écran et relais avec succès en taxation unitaire; de la sorte de mettre fin, au moins en partie, à la relation avec les États adhérents. Il s'agirait simplement d'y localiser les serveurs informatiques; une stratégie déjà largement utilisée en prix de transfert pour l'application du principe de pleine concurrence.¹⁴¹

Illustrons cette situation précise à l'aide de notre cas fictif. En l'absence de la société écran VIERCO, c'est MEXCO qui vend directement sa production de tomates à CANCO. En effet, la société MEXCO produit les tomates et les vend ensuite à CANCO par contrat d'approvisionnement signé par les deux parties. La localisation « physique » des ventes peut donc être déterminée que l'on choisisse une approche fondée sur la destination des ventes ou encore le point d'origine. Mais qu'en serait-il si MEXCO n'avait plus à vendre ses tomates à CANCO ? Qu'en serait-il si une autre entité avait pour fonctions exclusives de vendre, commercialiser et distribuer les

¹³⁹ Dans le cas où l'on adopterait plutôt une approche fondée sur la destination finale des ventes, la fonction de commercialisation électronique d'une entité située dans le pays A ne serait pas rétribuée lorsque les ventes se font dans le pays B puisque c'est alors l'État dans le pays B qui aurait le droit d'imposer le profit relatif à ces ventes, en supposant qu'une entité de l'EMN y possède un nexus. En d'autres cas, ce serait des ventes orphelines. Rappelons que sans cette notion fondamentale du nexus en fiscalité, tout État pourrait taxer tous les revenus sur l'ensemble de la planète.

¹⁴⁰ En anglais : « The location of sales is another issue that can be problematic, as it is not always easy to identify where sales occur. » (p. 53) [soulignements dans le texte].

¹⁴¹ Google et Amazon ont eu des démêlées juridiques avec le gouvernement américain et certains pays européens à ce sujet. Pour plus de détails, voir Drucker (2011) et Bergin (2012).

tomates de l'EMN par le biais d'un site Internet, c'est-à-dire faire l'e-commerce de l'EMN?

Réintégrons la société VIERCO à l'analyse. Il s'agit de la société qui s'occupe des fonctions de ventes, commercialisation et distribution de l'EMN. Supposons que VIERCO est détenu à 100 % par CANCO et que les Iles vierges britanniques sont un État qui adhère au système de taxation unitaire. Dans un tel cas, la société VIERCO fait assurément partie de l'entreprise unitaire. Présumons maintenant que VIERCO accomplit également la fonction du e-commerce de l'EMN. C'est dès lors, de plein droit, à la société VIERCO que revient la responsabilité des ventes électroniques de tomates au sein de l'EMN : la société VIERCO est signataire du contrat d'approvisionnement de tomates auprès de MEXCO.

Dans l'optique du point d'origine des ventes, le nexus des ventes électroniques est ainsi, au moins en apparence, déplacé avec succès de la société MEXCO à la société VIERCO. Pour les États adhérents, cela traduit de nouvelles difficultés dans la relation avec le contribuable : celles associées à la question du « retraçage » tel qu'on l'entend en fiscalité. En d'autres mots, les États adhérents doivent déterminer, fiscalement parlant, le point d'origine des ventes électroniques de l'EMN.¹⁴²

Expliquons brièvement cette notion du retraçage à l'aide d'un exemple. En fiscalité canadienne, la LIR prévoit que les frais d'intérêts sont notamment déductibles, en vertu de l'alinéa 20(1)c), lorsqu'ils permettent de gagner un revenu d'entreprise. Toutefois, le paragraphe 13 du bulletin d'interprétation *IT-533 Déductibilité de l'intérêt et questions connexes*, publié par l'Agence du revenu du

¹⁴² Avant de poursuivre, notons qu'aller prétendre que la société MEXCO est forcément le point d'origine des ventes puisqu'elle est « le point d'origine des tomates » serait incorrect même considéré du point de vue de la taxation unitaire : la société VIERCO possède, du moins en apparence, la pleine responsabilité des ventes électroniques de l'EMN. Elle n'agit donc plus simplement comme un intermédiaire entre les sociétés MEXCO et CANCO, intermédiaire n'accomplissant que fonctions fictives sur les ventes « physiques » de cargaisons de tomates.

Canada, relate que la jurisprudence canadienne énonce la nécessité d'un lien direct entre ces frais d'intérêts et le revenu d'entreprise afin d'avoir droit à cette déduction :

« Dans l'affaire *Bronfman Trust*, le tribunal a déclaré que «... le texte de la *Loi* exige que les fonds empruntés aient été affectés à une utilisation admissible précise... » et qu'« Il incombe au contribuable d'établir que les fonds empruntés ont été utilisés à une fin identifiable ouvrant droit à la déduction ». Dans l'affaire *Shell*, le tribunal a décrit le critère en affirmant que : « Si un lien direct peut être établi entre l'argent emprunté et une utilisation admissible... », alors l'argent a été utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Il a aussi été mentionné : « L'intérêt est déductible seulement s'il existe un lien suffisamment direct entre les fonds empruntés et l'utilisation admissible actuelle... ». Dans l'affaire *Singleton*, le tribunal a déclaré : « Il est maintenant manifeste, à la lumière du raisonnement suivi dans l'arrêt *Shell*, que la question à trancher est celle de l'utilisation directe de l'argent emprunté ». Il a également déclaré qu'« ...il est erroné de considérer ces démarches comme une seule et même opération. Pour donner effet aux rapports juridiques, il faut considérer les opérations comme des opérations distinctes. »¹⁴³

Dit simplement, cela signifie que pour avoir droit à cette déduction fiscale, le contribuable doit pouvoir démontrer, à l'aide de faits probants, que les frais d'intérêts engagés ont effectivement servi à exploiter une entreprise dans le but d'en tirer un revenu et, éventuellement, un profit.¹⁴⁴

Ainsi, de la même façon, à la lumière de ce que nous venons d'exposer sur le problème des ventes électroniques et la notion du retraçage, le contribuable devra, dans un premier temps, établir et documenter le point d'origine des ventes électroniques, c'est-à-dire l'entité d'où elles sont explicitement générées. Dans notre

¹⁴³ Les jurisprudences mentionnées à la citation sont disponibles en ligne par le biais de la banque de données CCH sur le réseau des Bibliothèques de l'UQAM : *Bronfman Trust c. Canada*, [1987] 1 CTC 117, 1987 DTC 5059 (CSC); *Singleton c. Canada*, [2002] 1 CTC 121, 2001 DTC 5533 (CSC); et *Shell Canada Ltée c. Canada*, 1999 3 R.C.S. 622, déjà citée.

¹⁴⁴ Cet exercice ne consiste pas en un simple rapprochement des produits et des charges tel que le suggère le paragraphe OB17 du cadre conceptuel de l'information financière du *Manuel de l'ICCA* ou encore la déduction d'une dépense par application de l'alinéa 18(1)a) de la LIR, dans le cas précis des frais d'intérêts en vertu de l'alinéa 20(1)c). Il faut aller plus loin et être en mesure d'éventuellement prouver, hors de tout doute raisonnable, lors d'une vérification fiscale, que la source précise des fonds, sur laquelle se paie des frais d'intérêts, a été spécifiquement utilisée dans le but de gagner un revenu d'entreprise.

exemple, afin de contrer les prétentions de l'EMN relatives au rôle de la société VIERCO, en tant que génératrice unique des ventes électroniques, il s'agira aux États adhérant à la taxation unitaire de démontrer, dans un deuxième temps, que c'est plutôt CANCO ou MEXCO, par leurs efforts de commercialisation, qui génèrent les ventes électroniques.

Cette démarche, une forme de retraçage, ne se différencie guère d'une analyse de comparabilité telle qu'elle s'appliquerait aux ventes électroniques dans le système actuel de fiscalité internationale. Dans la continuité de nos propos précédents, les difficultés de cette démarche ne requièrent donc pas davantage d'explication. Une fois de plus, les exigences associées au fardeau de la preuve risquent de s'avérer fatales au succès de la contestation juridique des États adhérents.

Conclusion

Cela termine notre bref exposé sur le facteur des ventes, la première des trois composantes utilisées dans une formule traditionnelle de partage de profits. Nous avons analysé les principaux éléments associés à la détermination et à la quantification éventuelle du facteur des ventes, notamment la question du point d'origine ou de la destination finale des ventes, le problème des ventes orphelines et la détermination du traitement fiscal qui serait accordé aux ventes électroniques.

L'analyse montre que le facteur des ventes est vulnérable à des manœuvres comptables et fiscales semblables à celles rencontrées relativement aux cinq facteurs de comparabilité et à l'application d'une méthode de prix de transfert dans le système actuel fondé sur le principe de pleine concurrence. Par conséquent, l'exercice du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale demeure disponible lors du remplacement du principe de pleine concurrence par la taxation unitaire en ce qui a trait au facteur des ventes, que celles-ci soient considérées du point d'origine ou de la

destination finale.¹⁴⁵ L'impôt à payer de l'EMN peut donc être minimisé avec succès en taxation unitaire au même titre que ce que permet actuellement l'application du principe de pleine concurrence.

Ceci dit, les possibilités d'exercice du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale fondé sur la taxation unitaire trouvent aussi de multiples applications sur les deux autres facteurs : les salaires et les actifs. La prochaine sous-section présente les opportunités associées au facteur des salaires.

4.4.3 La composante des salaires et des bénéfices

Le deuxième facteur de la formule traditionnelle de partage de profits a trait aux salaires des employés et aux « bénéfices » qui y sont associés (le « facteur des salaires » ci-bas).¹⁴⁶ Une image valant souvent mille mots, voici un exemple de formule de partage de profits à laquelle sont maintenant inclus les facteurs des ventes et des salaires en pondération égale :

$$\begin{aligned}
 \text{Part de l'État A : } & [50 \% \times (\text{ventes dans le pays A} / \text{ventes totales})] \\
 & + \\
 & [50 \% \times (\text{salaires dans le pays A} / \text{salaires totaux})] \\
 & = \\
 & \text{proportion du profit consolidé}
 \end{aligned}$$

¹⁴⁵ Les quatre types de stratégies d'exercice du pouvoir procédural identifiées sont possibles, à des degrés variables, selon les circonstances, selon le cas, soit l'exploitation de l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité, le transfert du fardeau de la preuve, l'utilisation de sociétés écran ou l'utilisation de sociétés relais.

¹⁴⁶ Dans cette section, pour plus de certitude, précisons immédiatement que l'on entend par « bénéfice » un avantage octroyé à l'employé; cela n'a donc strictement rien à voir avec le bénéfice ou le profit d'une société par actions.

$$\begin{aligned}
 \text{Part de l'État B : } & [50 \% \times (\text{ventes dans le pays B} / \text{ventes totales})] \\
 & + \\
 & [50 \% \times (\text{salaires dans le pays B} / \text{salaires totaux})] \\
 & = \\
 & \text{proportion du profit consolidé}
 \end{aligned}$$

Li (2002) définit le facteur des salaires comme le « coût de la main-d'œuvre sans égard à la forme de la compensation (incluant les assurances, pensions, et autres bénéfices sociaux de même que les coûts relatifs aux employés à contrat). »¹⁴⁷ Dans le contexte canadien, ce facteur représente les salaires versés aux employés auxquels sont ajoutés les divers avantages imposables (c'est-à-dire les bénéfices octroyés aux employés).¹⁴⁸

Agundez-Garcia (2006) explique que le facteur des salaires a pour rôle d'inclure, à la formule de partage de profits, la « contribution du travail en tant que facteur de production générateur de profit dans l'entreprise. »¹⁴⁹ À l'inverse, Hellerstein et McLure (2004) maintiennent que le facteur des salaires « n'est pas théoriquement valable pour une formule de partage de profits bien qu'effectivement simple

¹⁴⁷ En anglais : « The payroll factor would reflect the cost of labour compensation. The formula could use total cost of labour compensation irrespective of form (for example, employer-provided insurance, pensions, and other social benefits, as well as contract employment). » (p. 847).

¹⁴⁸ Dans cette section, nous ferons également appel au contexte québécois à quelques reprises car un certain nombre de provisions fiscales associées aux salaires et aux avantages imposables possèdent une composante typiquement québécoise pour le contribuable canadien qui y fait affaire. En fiscalité canadienne, le salaire est considéré comme un « revenu d'emploi » et entre ainsi au calcul du revenu imposable du particulier en vertu de l'article 5 de la LIR. Les avantages imposables sont les bénéfices, habituellement en « nature » mais parfois « monétaires », obtenus par l'employé qui est un salarié. Les avantages imposables entrent aussi au calcul du revenu imposable du particulier par application de l'article 6 de la LIR. Ils peuvent notamment inclure des remboursements, des cotisations ou des déboursements, pour le bénéfice du salarié, relativement à l'utilisation d'une automobile, des frais de scolarité, des primes d'assurance-maladie, un REER ou un CELI, etc. La *Loi sur les impôts* (du Québec), *LRQ, c I-3*, contient des provisions généralement semblables à celles du fédéral pour le traitement fiscal à accorder à ces divers éléments aux articles 32 et suivants.

¹⁴⁹ En anglais : « The payroll factor is meant to reflect the contribution of labour as a production factor in the generation of corporate income. » (p. 47).

d'administration ». ¹⁵⁰ Christensen (1997) précise que ce facteur « s'utilise aisément dans la formule traditionnelle de partage de profits puisqu'il s'appuie sur les données fournies à l'administration fiscale par les entreprises aux fins de l'impôt sur le revenu des particuliers ». ¹⁵¹ Ces différences d'opinions quant à la pertinence du facteur des salaires s'expliquent par des interprétations divergentes du fonctionnement de l'économie de marché, interprétations dont nous avons brièvement fait état en début de section lors de la juxtaposition des conceptions keynésienne et de l'École de Chicago.

Bien qu'il soit généralement perçu comme simple à administrer, l'inclusion du facteur des salaires à la formule de partage de profits ne s'effectue pas sans peine pour autant. Christensen (1997) identifie deux problèmes spécifiques : d'abord, définir ce qui constitue un salaire et un avantage imposable; ensuite, distinguer le travailleur autonome de l'employé aux fins d'inclusion des coûts associés à ce dernier, mais pas à ce premier, dans la formule. Li (2002) identifie un problème supplémentaire dans le calcul du facteur des salaires : celui qu'occasionne le travail à distance, de plus en plus répandu depuis une quinzaine d'années. Cette sous-section présente brièvement ces trois problèmes et en explore les conséquences sur la formule de partage de profits. Nous présentons également un quatrième élément que nous n'avons pas observé dans la littérature : l'impact des caractéristiques locales du

¹⁵⁰ En anglais : « While not attractive from a theoretical point of view, use of a payroll factor may have administrative advantages. » (p. 211).

¹⁵¹ Il explique, dans le contexte américain : « Information is taken from state and federal payroll records. The payroll factor has the distinction of being the least controversial and easiest factor to administer. » (p. 1148). Au Canada, il s'agit des millions de petits feuillets *T4* qui sont envoyés annuellement à l'Agence du revenu du Canada par les sociétés par actions et autres entités juridiques dont chaque particulier salarié reçoit sa copie en mars au moment de produire sa déclaration de revenus fédérale. Au Québec, il s'agit du *Relevé 1* envoyé à l'Agence du revenu du Québec dont le particulier reçoit aussi copie. Pour plus de détails, voir le guide, au fédéral, *T4 – Information pour les employeurs*, disponible en ligne à <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/bsnss/tpcs/pyrll/rtrns/t4/menu-fra.html> et, au provincial, *Relevé 1 et Sommaire des retenues et des cotisations de l'employeur*, en ligne à <http://www.revenuquebec.ca/fr/entreprise/retenuessommairesretenuescotisationsemployeur.aspx> (tous deux consultés le 6 décembre 2013).

marché de la main-d'œuvre sur le calcul du facteur des salaires et, conséquemment, sur le partage du profit consolidé en taxation unitaire.

Définitions de « salaire » et de « bénéfice imposable »

Aux États-Unis, on retrouve une définition extrêmement détaillée de « salaire » dans la loi de l'impôt sur le revenu américaine qui inclut aussi la notion de « bénéfices imposables ». ¹⁵² Le Canada a fait de même par le biais des articles 5 et 6 de la LIR qui, dans ce dernier cas, devient de plus en plus détaillé au fil des années. ¹⁵³ Pour un État précis, ce problème ne l'est donc qu'en apparence : il est relativement simple de procéder par voie législative afin de déterminer ce qui doit constituer un salaire ou un bénéfice imposable à inclure dans la formule de partage de profits. Le problème, on l'aura deviné, se développe lorsque les législations de plusieurs États adhérents doivent être réconciliées afin d'en arriver à une définition commune du facteur des salaires.

L'exemple québécois en la matière nous permettra d'illustrer cette situation sans nous enliser dans la technique fiscale. Chaque année, lorsque le particulier produit ses déclarations de revenus aux niveaux fédéral et provincial, il doit notamment y inscrire son revenu d'emploi. Pourtant, pour un même emploi, un montant plus élevé est

¹⁵² *Title 26 - Internal Revenue Code (IRC)*, section 3121, disponible en ligne à <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/3121> (consulté le 6 décembre 2013).

¹⁵³ Dans la pratique, au Canada, nous retrouvons les définitions les plus détaillées de « salaire » et de « bénéfice » ou « avantage » dans les publications relatives aux retenues à la source ce qui inclut, dans le cas du Québec, les cotisations de l'employé et de l'employeur au programme de l'Assurance-emploi, au Régime québécois d'assurance parentale et à la Régie des rentes du Québec. Du point de vue du particulier, ces retenues s'ajoutent à l'impôt sur le revenu à payer au Canada et au Québec. Pour la société par actions, ils constituent également des charges d'impôts à payer en sus de l'impôt des sociétés. D'autres charges fiscales s'ajoutent également au fardeau de l'employeur. Pour plus de détails, voir le guide québécois *TP-1015.G Guide de l'employeur - Retenues à la source et cotisation*, disponible en ligne à http://www.revenuquebec.ca/fr/sepf/formulaires/tp/tp-1015_g.aspx. Une définition détaillée de « salaire » y est suggérée aux pages 12-13. Pour plus de détails sur les « bénéfices imposables », voir le guide fédéral *T4130 Guide de l'employeur - Avantages et allocations imposables*, disponible en ligne à <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tg/t4130/t4130-f.html> et, au Québec, le guide *IN-253 Avantages imposables*, aussi disponible en ligne à <http://www.revenuquebec.ca/fr/sepf/publications/in/in-253.aspx> (tous trois consultés le 6 décembre 2013).

généralement consigné dans la déclaration de revenus québécoise comparativement au montant de la déclaration de revenus fédérale, ceci à partir des informations disponibles aux feuillets *T4* et *Relevé 1* reçus par le contribuable. Cela s'explique par un traitement fiscal divergent de certains bénéfices imposables au Québec comparativement au fédéral.¹⁵⁴

De la sorte, dans le contexte de la fiscalité internationale, la mise en œuvre d'un système de taxation unitaire requerrait l'uniformisation du traitement fiscal accordé aux nombreux bénéfices imposables existants à travers l'ensemble des pays adhérents pour en arriver à une quantification unique du facteur des salaires. Sans quoi, de nouvelles opportunités d'arbitrage, d'une nature autre que celles portant sur les taux d'imposition statutaires, seraient offertes à l'EMN afin d'influencer significativement les résultats de ce facteur. Cette situation illustre ainsi à nouveau que la taxation unitaire nécessite davantage que la renonciation à la souveraineté en matière de fiscalité internationale. Une intégration de certains pans de la fiscalité domestique est également requise pour assurer le succès du nouveau système de fiscalité internationale fondé sur la taxation unitaire.¹⁵⁵

Mais en contrepartie, pour les États adhérents, il demeure néanmoins possible, au moins en théorie, d'en arriver à une définition claire des éléments qui doivent être inclus au facteur des salaires et d'établir le traitement fiscal réservé à ceux-ci. Les opportunités de manœuvres fiscales par l'EMN seraient dès lors inexistantes pour

¹⁵⁴ Le lecteur souhaitant approfondir la technique fiscale sur le sujet pourra s'introduire à ces divergences en consultant les guides *T4130 Guide de l'employeur - Avantages et allocations imposables* et *IN-253 Avantages imposables*, déjà cités.

¹⁵⁵ On pourrait évidemment imaginer des traitements fiscaux distinctifs pour ce facteur dans le contexte d'un système de fiscalité internationale fondé sur la taxation unitaire comparativement aux traitements fiscaux existants dans les divers États adhérents, à l'image de notre exemple comparatif du Québec et du Canada. Mais à quoi bon ajouter une couche d'exigences administratives ou législatives supplémentaires qui ne peuvent que venir complexifier l'exercice de la détermination du facteur des salaires si l'objectif poursuivi consiste plutôt à diminuer, idéalement éliminer, les opportunités de planifications fiscales de l'EMN? Notre exposé a illustré, à maintes reprises, que la complexité grandissante du monde des affaires tend à rendre davantage opaques les opérations de l'EMN pour l'État, permettant dès lors l'exploitation de l'asymétrie de l'information. Comment croire que cela serait différent dans le cas où ce serait maintenant les États qui généreraient cette nouvelle complexité?

autant que l'on fasse abstraction du déplacement pur et simple des facteurs de production, une possibilité brièvement analysée lors de notre exposé sur l'approche utilisant le point d'origine des ventes pour l'inclusion de ce facteur à la formule de partage de profits.

Distinguer le « travailleur autonome » du « salarié »

Lorsque les États adhérents veulent s'assurer d'une utilisation réussie du facteur des salaires en taxation unitaire, la deuxième difficulté identifiée par Christensen (1997) est plus significative. Elle réside dans le sempiternel débat visant à distinguer l'employé du travailleur autonome. Au plan technique, dans le cadre d'une formule de partage de profits, il ne saurait être question d'inclure au facteur des salaires les sommes versées à des travailleurs autonomes puisque ceux-ci ne sont pas membres d'entités faisant partie de l'entreprise unitaire. On doit en fait envisager le travailleur autonome comme étant une entreprise à part entière, totalement indépendante de l'entreprise unitaire.

Au Canada, la LIR définit ce qu'est un « employé » et un « salarié » mais pas le « travailleur autonome »; il en est de même au Québec. Dans la pratique, les tribunaux canadiens et québécois ont reconnu depuis longtemps qu'il serait difficile de définir légalement ce qui constitue un travailleur autonome. Les jurisprudences canadienne et québécoise sur cette distinction s'appuient ainsi sur divers critères factuels, plutôt que juridiques, parmi lesquels se retrouvent la responsabilité quant aux risques financiers du projet auquel participe la personne de même qu'une caractérisation de l'autorité exercée sur la personne, si applicable, dont le statut est à déterminer.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Pour en savoir davantage sur ces critères et la jurisprudence pertinente, voir le guide *RC 4110 Employé ou travailleur indépendant* de l'Agence du revenu du Canada, disponible en ligne à <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tg/rc4110/rc4110-f.html>, et pour le Québec, où le Code civil est applicable, la brochure *IN-301 Travailleur autonome ou salarié*, disponible en ligne à <http://www.revenuquebec.ca/fr/sepf/publications/in/in-301.aspx> et le bulletin d'interprétation *RRQ I-*

En fiscalité internationale, faire la distinction entre le salarié et le travailleur autonome requerrait donc une analyse semblable à celle qu'exige actuellement l'analyse de la comparabilité lors de l'application du principe de pleine concurrence. Cela nécessiterait notamment que les États adhérents obtiennent une fine compréhension des différents types « d'emplois » associés aux fonctions accomplies par les entités de l'entreprise unitaire.

Mais sachant que les montants versés aux travailleurs autonomes seront exclus du facteur des salaires, une intéressante série d'opportunités de planifications fiscales s'offre à l'EMN. Cockfield (2004) explique : « la taxation unitaire entraînera davantage de planifications fiscales abusives alors que les entreprises créeront de nouvelles stratégies afin d'embaucher des travailleurs autonomes dans le but d'exclure de la formule les montants ainsi déboursés. »¹⁵⁷ En d'autres mots, l'EMN ferait appel à de nombreux sous-traitants par le biais d'encore davantage d'impartition et de sous-traitance (« outsourcing », en anglais). On fait dès lors de nouveau face à des opportunités d'arbitrage d'un autre ordre que celles relatives aux taux d'imposition statutaires.¹⁵⁸

1/R2 Statut d'un travailleur, également disponible en ligne à <http://www3.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/produits/fiscalite/bulletins/impot/resultat/bulletins.fr.html?prefix=RRQ&fr=oui&mytype=BulletinLoiImpot&infoNodeId=/pubqc/produits/fiscalite/bulletins/impot/chapitres/chapitre9/texte2000> (tous trois consultés le 6 décembre 2013).

¹⁵⁷ En anglais : « [...] formulary taxation may in fact lead to more abusive tax planning as firms devise strategies, for instance, to hire independent contractors in a jurisdiction so that a formula that included salaried employees would not count the independent contractor salaries. » (p. 118).

¹⁵⁸ En fiscalité domestique canadienne (et québécoise), le statut de travailleur autonome est avantageux pour le particulier car il permet notamment de déduire de son revenu, éventuellement soumis à l'imposition, plusieurs dépenses auxquelles n'a pas droit le salarié (l'employé). Pour la société par actions, l'embauche de travailleurs autonomes au lieu d'employés salariés offre également des avantages financiers non négligeables. Alors que l'embauche d'un salarié, au coût de 55 000 \$, oblige la société par actions à cotiser à divers programmes sociaux à hauteur d'environ 12 % du salaire de celui-ci, l'embauche d'un travailleur autonome réduit ces cotisations à environ 4 % d'un même montant. L'Agence du revenu du Canada et l'Agence du revenu du Québec mettent en ligne des outils de calcul pertinents à ces cotisations pour le lecteur souhaitant approfondir cet aspect. En somme, cela invite à la planification fiscale même dans le contexte de la fiscalité domestique.

Notre cas fictif présente plusieurs possibilités de manœuvres comptables et fiscales du facteur des salaires dans cette optique. Par exemple, la société CANCO pourrait octroyer un contrat à une entreprise indépendante canadienne afin que celle-ci entrepose et transporte vers les épiciers canadiens les tomates achetées à la société MEXCO par le biais de la société écran VIERCO. De cette façon, la société CANCO diminuerait ses coûts en salaires au Canada. Il en résulterait que la somme des salaires déboursés par les sociétés MEXCO et VIERCO, toutes choses étant égales par ailleurs, comparativement à la masse salariale de CANCO, représenterait une fraction plus importante dans le facteur des salaires pour le partage du profit consolidé.¹⁵⁹ Si nous généralisons, dans un pays spécifique, il est en fait possible d'impartir presque toutes les fonctions d'une entité membre de l'entreprise unitaire vers des entreprises indépendantes, ceci avec les effets pervers qui s'ensuivent pour l'État adhérent qui en est la victime.

Dans la même veine, lors de notre exposé sur le principe de pleine concurrence, nous avons constaté, à l'aide de divers exemples, que la société CANCO pourrait impartir certaines de ses fonctions de commercialisation et de distribution à des sociétés écran, membres de l'EMN. Les sociétés écran jouaient alors un rôle significatif dans la relocalisation de diverses fonctions commerciales et, par extension, du profit qui y est associé. De la même façon, en taxation unitaire, il serait possible de relocaliser les employés accomplissant certaines fonctions dans le but d'influencer les résultats obtenus à l'aide du facteur des salaires. Cette relocalisation vers les sociétés écran peut s'effectuer à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise unitaire, selon les objectifs à atteindre. À ce titre, les opportunités de manœuvres comptables et fiscales offertes dans un système de fiscalité internationale fondé sur la taxation unitaire ne se

¹⁵⁹ Cela a évidemment des impacts indirects sur la répartition du facteur des actifs dans la formule de partage de profits mais nous omettons cet aspect afin de ne pas alourdir l'exposé. Contentons-nous de souligner que lorsque des fonctions sont ainsi imparties à des sous-traitants, il est logique que ce soit les actifs de ces sous-traitants qui servent à l'accomplissement de celles-ci plutôt que ceux de l'EMN.

différencient donc guère de celles que nous avons longuement analysées dans le système actuel.

Tous ces types d'impartition traduisent un comportement de défection. Ces manœuvres comptables et fiscales introduisent des distorsions, vraisemblablement significatives, dans le résultat du calcul du partage du profit en déplaçant ou en caractérisant la main-d'œuvre de façon à exploiter les possibilités d'arbitrage sur les taux d'imposition statutaires ou encore les traitements fiscaux divergents des divers États adhérents à l'égard des salaires et des bénéfices imposables. Ce sont par conséquent des exemples d'exercice réussi du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale, en système de taxation unitaire.

Le nexus de l'employé

La possible relocalisation d'un ou plusieurs employés illustre que la question précise du nexus de ceux-ci peut, dans certaines situations, devenir fort pertinente à la quantification du facteur des salaires; ainsi intervenir explicitement comme variable dans la planification fiscale de l'EMN. Afin d'en saisir les principales nuances, il nous faut d'abord brièvement resituer le mode d'imposition des salaires en regard du nexus en fiscalité. Alors que dans le cas des ventes, le point d'origine ou la destination finale peut s'avérer pertinent dans la quantification du facteur à la formule, le facteur des salaires s'envisage exclusivement dans la perspective de la localisation géographique de l'employé œuvrant au sein de l'entreprise unitaire. En conséquence, c'est le lieu de la résidence fiscale du contribuable, nommément l'employé, qui vient établir le droit général de l'État adhérent en matière d'imposition du salaire.

Au Canada, le paragraphe 2(1) de la LIR énonce : « [u]n impôt sur le revenu doit être payé, ainsi qu'il est prévu par la présente loi, pour chaque année d'imposition, sur le revenu imposable de toute personne résidant au Canada à un moment donné au cours de l'année. » Dans la pratique, la plupart des employés œuvrent toute l'année

dans un seul pays. En d'autres mots, du point de vue de l'employé, celui-ci est assujéti au régime fiscal du pays où il est un résident, fiscalement parlant.

Appliquée à la taxation unitaire, lors du calcul du facteur des salaires, chaque entité se verrait de la sorte attribuer les salaires sur lesquels l'État adhérent possède effectivement le droit d'imposition relativement aux salariés concernés. Ainsi, lorsque l'employé salarié A est assujéti à l'impôt sur le revenu dans le pays A par l'État A, son salaire revient à l'entité A, également assujétie à la loi fiscale de l'État A, lors du calcul du facteur des salaires; l'entité A étant, bien sûr, présente dans l'entreprise unitaire.

Dans le cas où un employé œuvre dans plus d'un pays, une allocation fondée sur « le temps passé dans chaque pays » est envisageable tel que le suggère Li (2002) afin d'établir les États qui auront droit d'imposer le salaire de cet employé.¹⁶⁰ Appliquée à la taxation unitaire, lorsque l'employé A est assujéti à l'impôt sur le revenu dans le pays A par l'État A et à l'impôt sur le revenu dans le pays B par l'État B, son salaire revient aux entités A et B, également assujéties aux lois fiscales des États A et B respectivement, lors du calcul du facteur des salaires; les entités A et B étant présentes dans l'entreprise unitaire. La répartition du salaire de l'employé A entre les entités A et B se ferait grâce au calcul du temps passé dans les pays A et B respectivement, plus précisément du temps passé en entreprise dans les entités A et B. Bref, il s'agit d'un exercice somme toute relativement simple, un exercice de

¹⁶⁰ En anglais : « The physical location of this factor could be the place where a worker works or has his or her base of operations. If a worker has no particular base of operations, the worker's country of residence could be used as the location of the payroll factor. If a worker has a base of operations in more than one country, payroll expense would be allocated to each country on the basis of the time spent in each country. For purposes of the formula, the location of the employer is irrelevant because all workers work for the integrated business. ¹⁴⁵ » (pp. 847-48). La note 145 n'ajoute pas à l'explication de l'auteure.

compilation d'informations qui, dans ce cas spécifique, ne se différencie pas de ce qui existe dans le système actuel.¹⁶¹

Mais, tout comme dans le système actuel, des opportunités de manœuvres fiscales découlent de la mise en place de la taxation unitaire relativement au nexus de l'employé. Elles trouvent leurs origines dans le lien, explicite et direct, que le système de la fiscalité internationale, fondé sur la taxation unitaire, effectue entre le salaire et le profit à partager. Illustrons cette affirmation à l'aide d'un exemple. Présignons, dans notre cas fictif, que la société CANCO embauche des employés localisés en Inde afin d'accomplir certaines fonctions administratives.¹⁶² Ces employés pourraient être directement recrutés par la société CANCO, auquel cas ils seraient donc sur sa liste de paie à titre de salariés, par conséquent inclus dans sa masse salariale.

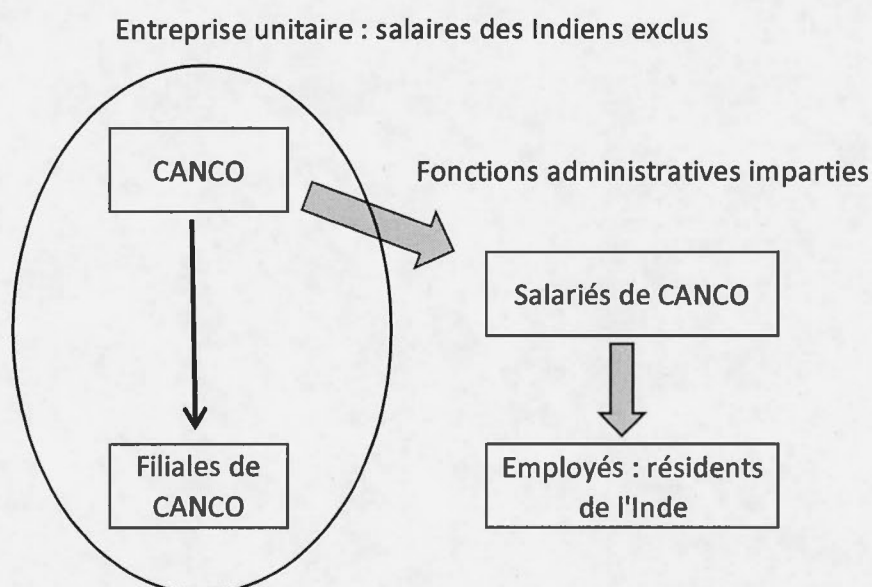
Toutefois, aux fins de la taxation unitaire, le nexus de chacun de ces employés, considéré individuellement, est situé en Inde puisqu'ils sont résidents, fiscalement parlant, de ce pays. La fiscalité indienne devient applicable à chaque employé : chacun de ceux-ci devra acquitter un impôt sur le revenu au gouvernement indien. Cependant, au plan corporatif, celui pertinent à la taxation unitaire, il n'y a pas d'entité de l'EMN située en Inde. En conséquence, puisque l'EMN ne possède pas d'entité incluse à l'entreprise unitaire dans ce pays où des employés sont localisés, fiscalement parlant, on fait alors face au problème des « salaires orphelins », à

¹⁶¹ Dans le système actuel, fondé sur le principe de pleine concurrence, ce type d'allocation, directe ou indirecte, est utilisée depuis plusieurs décennies lorsqu'applicable. L'article 15 de la Convention modèle de l'OCDE prévoit : « [...] les salaires, traitements et autres rémunérations similaires qu'un résident d'un État contractant reçoit au titre d'un emploi salarié ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'emploi ne soit exercé dans l'autre État contractant. Si l'emploi y est exercé, les rémunérations reçues à ce titre sont imposables dans cet autre État. »

¹⁶² Cette pratique est très répandue chez les EMN qui œuvrent en Amérique du Nord, particulièrement dans les secteurs de l'informatique et des télécommunications. À titre d'exemple récent, voir : Maimona, Mashoka, 2013, « Sears Canada Cuts 245 Jobs, Outsourcing IT Positions to India and the Philippines », *Financial Post*, 13 août 2013, <http://business.financialpost.com/2013/08/20/sears-canada-layoffs-india/> (consulté le 6 décembre 2013).

l'image de ce que nous avons exposé pour les ventes du même acabit.¹⁶³ Pour l'application de la taxation unitaire, les salaires de ces employés sont sans nexus quant à leur inclusion dans la formule de partage de profits car ils se situent à l'extérieur de la zone géographique de l'entreprise unitaire.

Figure 4.11 Salaires orphelins de CANCO



Cette manœuvre d'impartition, à l'intérieur de l'EMN mais à l'extérieur de l'entreprise unitaire, permet ainsi de nouveau d'extraire de la formule de partage de profits des salaires dont l'importance peut être significative. L'utilisation de sociétés

¹⁶³ Au même titre que la notion de « ventes orphelines », cette expression est également de nous. Les écrits recensés ne semblent pas percevoir les conséquences fiscales négatives de ce type de salaires pour les États adhérents. Notons au passage qu'un critère alternatif de détermination, en ce qui a trait aux salaires, pourrait consister à simplement les assigner à l'entité spécifique qui les débourse. Mais évidemment, un tel critère ouvrirait la voie à divers types de manœuvres fiscales d'un autre ordre : une partie plus ou moins importante des salaires serait alors engagée par une ou plusieurs sociétés écran, situées dans un ou plusieurs paradis fiscaux, selon les objectifs à atteindre par l'EMN en termes de partage de profits.

écran et relais peut venir exacerber ce phénomène de distorsion en déplaçant le nexus d'employés. Cela influence également la répartition des salaires entrant à la formule de partage de profits.

Ces stratégies sont, de la sorte, complémentaires à l'embauche de travailleurs autonomes plutôt que d'employés. Elles viennent encore une fois saper la relation fiscale de l'EMN avec les États adhérents. Un exemple simple permettra d'illustrer quelques-unes des applications multi variées possibles de ces stratégies : conversion d'employés en travailleurs autonomes et exploitation de la règle du nexus. Présumons qu'une entreprise unitaire est composée des entités A et B, situées dans les pays A et B respectivement. Supposons également que le taux d'imposition statutoire du pays A est de 50 % tandis qu'il est nul dans le pays B. Du point de vue de l'EMN, il devient ainsi pertinent de minimiser la fraction du profit qui reviendrait au pays A dans le cadre de la taxation unitaire. Pour ce faire, l'EMN doit minimiser les salaires déboursés dans le pays A.

Il s'agira donc, dans le pays A, d'embaucher des travailleurs autonomes au lieu d'employés et vice versa dans le pays B. Ensuite, selon les possibilités et contraintes associées à cette conversion d'employés en travailleurs autonomes, l'EMN pourrait également impartir diverses fonctions accomplies par l'entité A vers des sous-traitants indépendants situés dans un autre pays. Enfin, l'EMN pourrait établir une ou plusieurs entités dans un ou plusieurs paradis fiscaux ou pays non adhérents lorsque certaines fonctions peuvent y être imparties avec succès à l'aide de transactions contrôlées, créant alors des salaires orphelins, en plus d'opportunités d'influencer les prix de transfert sur ces transactions.

Grâce à l'ensemble de ces stratégies, l'EMN réussit à exploiter son pouvoir procédural et vient minimiser les effets négatifs que pourrait occasionner l'utilisation du facteur des salaires dans le partage du profit consolidé et, in extenso, contribue à minimiser sa charge globale d'impôts à payer. Du point de vue des États adhérents, ces stratégies de l'EMN introduisent une multitude de nouveaux éléments

d'asymétrie de l'information dans les activités commerciales du contribuable, éléments qui augmentent significativement le degré de difficulté de l'élaboration d'une formule de partage de profits visant à combattre le comportement de défection.

Les caractéristiques locales du marché de la main-d'œuvre

Un quatrième problème relatif au facteur des salaires mérite notre attention bien qu'il soit absent de l'ensemble des travaux recensés sur la taxation unitaire. Lors de la description de la problématique motivant notre thèse, nous avons constaté que l'EMN est encline au déplacement de sa main-d'œuvre vers les pays en développement ou encore les paradis fiscaux dans le système de la fiscalité internationale actuel. En ce qui concerne le facteur des salaires, ce problème s'ajoute aux manœuvres comptables et fiscales disponibles relativement aux salaires orphelins et aux nombreux procédés d'impartition présentés précédemment. En termes plus techniques, ce mouvement de main-d'œuvre vers les paradis fiscaux et les pays en développement traduit le phénomène du « déplacement croisé » (« cross-hauling », en anglais).

Définie simplement, cette notion suggère que l'EMN aura tendance, toutes choses étant égales par ailleurs, à localiser ses facteurs de production de telle sorte que sa charge globale d'impôts soit minimisée. Dans la pratique, il s'agit de vendre la production effectuée dans les pays à taux d'imposition statutaires faibles aux consommateurs localisés en pays à taux d'imposition statutaires élevés et, simultanément, de relocaliser l'ensemble des facteurs de production dans les pays à taux d'imposition statutaires faibles, lorsque possible.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Agundez-Garcia (2006) explique à ce sujet : « Gordon and Wilson (1986) argue that the inclusion of sales by destination (along with property and payroll) in the formula creates a particular distortion that they call "cross-hauling" of output incentives. The effect is that production in low tax rate countries will be sold in high tax countries, and conversely, there will be incentives to shift production from high tax into low tax countries. The intuition behind this result is that if different firms in an industry produce in different states, and so face different tax burdens on their input factors (if payroll and property are already apportionment factors of the formula), they face different incentives concerning where to sell their output. Firms which produce mainly in high tax countries face already a high tax burden on their input factors and benefit relatively more from concentrating

La combinaison de ces procédés a pour effet de minimiser, de façon relative, la charge globale d'impôts à payer de l'EMN. Aucun des auteurs recensés n'incorpore pourtant à son analyse les effets importants que cela engendre sur le design et l'application d'une formule de partage de profits en taxation unitaire. Ce comportement de l'EMN fait obstacle de façon significative et durable à l'utilisation du facteur des salaires en taxation unitaire. Dans un contexte international, les caractéristiques intrinsèques de chaque marché local de la main-d'œuvre occasionneront forcément d'importantes distorsions dans le calcul du facteur des salaires, distorsions que pourra intensifier l'EMN grâce au déplacement des facteurs de production.

Dit simplement, au sein d'une EMN spécifique, il n'est pas possible de comparer la masse salariale versée aux employés dans un pays en développement à celle versée aux employés dans un pays industrialisé. En d'autres mots, les taux horaires diffèrent substantiellement d'un pays à l'autre. Cet indicateur, la masse salariale, ne représente pas correctement la valeur amenée par le facteur de production qu'est le capital humain à l'ensemble de l'effort de production de l'EMN. La masse salariale versée à ces personnes, le quantum, n'offre pas une juste appréciation de la contribution du capital humain au profit de l'entité; pas plus qu'elle ne peut donc expliquer, en tout ou en partie, la provenance du profit consolidé.

L'exemple, déjà cité, des EMNs qui relocalisent certaines fonctions vers l'Inde, particulièrement dans les secteurs de l'informatique et des télécommunications, est éloquent à cet effet. Au sens économique, pour une même valeur ajoutée obtenue de ces fonctions, l'EMN débourse en Inde un coût qui ne représente plus qu'une faible partie de ce qui était nécessaire en Amérique du Nord, compte tenu des conditions

sales in a low tax country, thereby cross-haul output to reduce their tax burden. On the other hand, firms which concentrate production activities in low tax countries do not face a high-tax burden on inputs and would require less compensation to induce them to sell in a high tax country. Thus, "cross-hauling" again occurs. » (pp. 55-56). Gordon et Wilson (1986) inclus à la citation fait référence à l'étude que nous avons nous-mêmes recensée.

locales, très favorables, du marché du travail indien. Dans le contexte de la taxation unitaire, cela engendre une distorsion extrêmement significative, pour ne pas dire fatale, à l'utilisation du facteur des salaires.

Le salaire horaire payé dans les pays industrialisés comparativement à celui déboursé dans les pays en développement vient introduire un biais décisif et significatif en faveur de ces premiers sur ces derniers.¹⁶⁵ Dans un futur système de taxation unitaire, les caractéristiques locales de chaque marché du travail où est présente l'entreprise unitaire deviendraient une source extrêmement litigieuse de conflits juridiques entre les États adhérents et les contribuables lors de l'inclusion à la formule de partage de profits du facteur des salaires. Le salaire horaire, exceptionnellement variable à travers le monde pour tout type d'emploi spécifique, serait sans doute une des principales sources de conflits, cette fois, entre les États adhérents.

Conclusion

Cela termine notre présentation du facteur des salaires, la deuxième composante utilisée dans une formule traditionnelle de partage de profits. Du point de vue des États adhérents, l'utilisation de ce facteur exige une compréhension des activités de l'EMN qui ressemble à ce que requiert une analyse de comparabilité dans le système

¹⁶⁵ Autre exemple, cette fois chiffré, Bobin (2013) relate que les ouvriers du textile au Bangladesh gagnaient un salaire mensuel moyen de 28 euros en 2013, ce qui équivaut à environ 42 dollars canadiens (soit 504 \$ par année). En comparaison, le salaire moyen dans l'industrie du textile au Canada était d'environ 3 500 \$ par mois (soit 42 000 \$ par année) selon Statistique Canada (la donnée canadienne est disponible en ligne à <http://www.ic.gc.ca/cis-sic/cis-sic.nsf/IDF/cis-sic313salf.html>). Dans le cas d'une EMN active dans l'industrie du textile, il serait impensable d'introduire directement ces deux données dans une éventuelle formule de partage de profits sans alors introduire à la fois un biais significatif en faveur de l'entité canadienne. Une tentative de normalisation de ces données en valeur de parité des pouvoirs d'achat pourrait être envisagée mais selon nous, elle insère de la sorte de nouveaux biais dans la formule de partage de profits. L'exposé de ces divers biais dépasse notre objet d'étude. Limitons-nous à dire que cela équivaldrait à utiliser, dans une formule traditionnelle, une composante d'une formule fondée sur des « agrégats nationaux » avec les conséquences négatives exposées au début de cette section. Pour en savoir davantage sur la notion de parité des pouvoirs d'achat, voir Lafrance et Schembri (2002).

actuel notamment afin de distinguer l'employé du travailleur autonome et lors de la détermination du nexus de l'employé.

Nous avons observé plusieurs possibilités de manœuvres comptables et fiscales disponibles à l'EMN, manœuvres fort semblables à celles utilisées dans le système actuel fondé sur le principe de pleine concurrence. D'abord, en utilisant divers procédés d'impartition tels que la conversion d'employés en travailleurs autonomes dans les pays à taux d'imposition statutaires élevés, pays où le profit imposable est à réduire. Ensuite, en exploitant le phénomène des salaires orphelins lorsqu'il s'agit à nouveau de diminuer la masse salariale dans les pays à taux d'imposition statutaires élevés.

Notre démarche a également mis en lumière une faiblesse vraisemblablement fondamentale et fatale du facteur des salaires. Nous avons constaté que dans le contexte de la fiscalité internationale, ce facteur fait face à un problème de quantification très difficile à résoudre pour l'inclusion, dans une même formule de partage de profits, de la masse salariale d'entités présentes sur le territoire de pays industrialisés et d'autres en développement.

Dans un éventuel système de taxation unitaire, le pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale ne serait nullement ébranlé par l'inclusion du facteur des salaires à la formule de partage de profits. Au contraire, notre exposé illustre que ce facteur serait fertile en opportunités de planifications fiscales pour l'EMN, en plus d'être la source de nombreux litiges autant entre les États adhérents et les contribuables qu'entre les États adhérents.

4.4.4 La composante des actifs

Outre les facteurs des ventes et des salaires, la formule traditionnelle inclut un troisième facteur, celui des actifs. Agundez-Garcia (2006) précise : « l'utilisation des actifs en tant que facteur de partage semble largement acceptée d'un point de vue

théorique, reflétant ainsi que les capitaux constituent un facteur-clé de production. » ¹⁶⁶

En tant que facteur de production, le facteur des actifs complète le facteur des salaires. Il s'inscrit dans la vision de l'économie de l'offre telle que présentée en introduction de cette section. Rappelons que dans le cas de l'EMN, l'offre de biens et de services se dérive à partir des facteurs de production, notamment les coûts de main-d'œuvre et en capital. C'est dans cette optique que l'inclusion du facteur des actifs dans la formule traditionnelle de partage de profits prend son sens.

De façon générale, les actifs se composent d'actifs ou biens « corporels » et de biens « incorporels ». Par biens corporels, on entend principalement les équipements, les immeubles et les autres actifs tangibles (physiques) de l'entreprise. La norme *IAS 16 Immobilisations corporelles* en prévoit le traitement comptable et amène quelques précisions qui seront utiles à la suite de notre analyse. On y distingue les « stocks » des « immobilisations corporelles ».

En termes communs, les stocks sont vendus dans le cadre des activités commerciales courantes tandis que les immobilisations corporelles sont utilisées pour exploiter l'entreprise. Par conséquent, ces dernières servent, en quelque sorte, à la production de ces premiers. ¹⁶⁷

¹⁶⁶ En anglais : « The use of capital as one (or perhaps the only) apportioning factor seems to be widely accepted from the theoretical point of view, thus reflecting the view that capital is a key income-producing factor [...] » (p. 49).

¹⁶⁷ Pour plus de certitude, notons que la définition du terme « immobilisations corporelles » se lit comme suit au paragraphe 6 de l'IAS 16 :

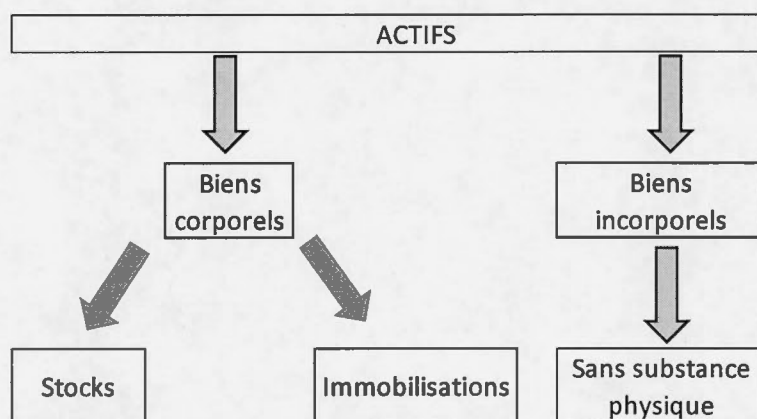
« Les immobilisations corporelles sont des actifs corporels :

- (a) qui sont détenus par une entité soit pour être utilisés dans la production ou la fourniture de biens ou de services, soit pour être loués à des tiers, soit à des fins administratives ; et
- (b) dont on s'attend à ce qu'ils soient utilisés sur plus d'une période. »

Le paragraphe 8 précise : « Les éléments tels que les pièces de rechange, les pièces de sécurité et le matériel d'entretien sont comptabilisés selon la présente norme s'ils répondent à la définition des immobilisations corporelles. Sinon, ils sont classés en stocks. »

Quant au « bien incorporel », il s'agit d'un « actif non monétaire identifiable sans substance physique ». ¹⁶⁸ Dans le contexte de la fiscalité internationale, les immobilisations incorporelles incluent un secret industriel, un processus manufacturier particulier, un brevet, un modèle, un logo, un pictogramme, une marque de commerce, un slogan, etc. ¹⁶⁹ Enfin, au sens comptable, les liquidités seront habituellement considérées comme des actifs corporels; mais elles ne sont pas des immobilisations, ni des stocks.

Figure 4.12 Biens corporels et incorporels



Dans la pratique, le Canada n'utilise pas le facteur des actifs dans l'élaboration de sa formule d'attribution du revenu entre les provinces et territoires. Pour ce qui est des États-Unis, Weiner (1999) explique qu'au facteur des actifs, seront incluses uniquement les immobilisations corporelles quantifiées à leur coût historique

¹⁶⁸ Paragraphe 8 de la norme *IAS 38 Immobilisations incorporelles*.

¹⁶⁹ Nous reprenons ici quelques-uns des nombreux exemples suggérés aux paragraphes 6.2 et 6.4 des Principes de l'OCDE.

respectif. Il n'existe pas d'ajustement pour tenir compte de l'âge ou du degré de vétusté d'un actif dans la formule américaine.¹⁷⁰

Aux fins de la taxation unitaire en fiscalité internationale, tout comme dans le cas des salaires, l'inclusion des actifs à la formule de partage de profits oblige les États adhérents à composer avec les problèmes du quantum et du nexus. D'un côté, la quantification d'une immobilisation corporelle ou incorporelle s'agrémente presque toujours de certaines difficultés techniques. D'un autre côté, la question du nexus revient également de nouveau à l'avant-plan en regard des actifs. Tandis qu'il est relativement simple d'identifier le nexus d'un bien corporel, à l'inverse, établir le nexus d'un bien incorporel est un exercice susceptible de se compliquer très rapidement étant donné l'absence d'une substance physique.

En ce qui a trait à la mise en œuvre de la taxation unitaire en fiscalité internationale, plusieurs auteurs, incluant Li (2002), suggèrent que le facteur des actifs devrait se limiter à une inclusion des immobilisations corporelles.¹⁷¹ Nous verrons sous peu que l'inclusion des biens incorporels à la formule de partage de profits est effectivement davantage controversée. Cette sous-section présente et approfondit divers éléments relatifs à l'utilisation du facteur des actifs dans la formule de partage de profits en taxation unitaire :

- la question de l'évaluation des immobilisations corporelles;
- le problème de l'amortissement des immobilisations corporelles; et
- l'inclusion des immobilisations incorporelles.¹⁷²

¹⁷⁰ En anglais, il explique : « Owned property is valued at original cost plus the cost of additions and improvements. Original cost is used because the value is available from the company's books and it avoids differences caused by varying methods of depreciation. » (p. 15).

¹⁷¹ Li (2002) explique : « Tangible property is probably the most reliable factor. It is reasonably easy to quantify and to locate geographically. The jurisdiction where tangible assets are located generally provides legal protection and infrastructure and is thus entitled to tax a portion of the income derived through the use of these assets. » (p. 848).

¹⁷² L'exposé, principalement axé sur les difficultés liées au quantum, inclura également quelques observations sur celles associées à l'identification du nexus d'un bien corporel ou incorporel.

L'évaluation des immobilisations corporelles

L'inclusion d'actifs, à ce stade de notre exposé l'inclusion de biens corporels, à la formule de partage de profits nécessite forcément une quantification de ceux-ci. Les stocks sont ordinairement aisés à évaluer à leur valeur marchande puisqu'ils sont couramment vendus sur le marché libre. De ce point de vue, ils entrent dès lors à la formule de partage de profits en tant que « ventes » plutôt qu'actifs; les stocks non vendus demeurent en inventaire. Aux fins de la taxation unitaire, ce sont donc uniquement les immobilisations, à ce stade corporelles, qui sont introduites au facteur des actifs; l'inventaire composé des stocks en est exclu.¹⁷³ À ce titre, le paragraphe 15 de la norme comptable IAS 16, déjà citée, prévoit que les immobilisations corporelles doivent d'abord être comptabilisées au bilan de l'entreprise à leur coût d'origine respectif, à leur coût historique.¹⁷⁴

Toutefois, aux fins de la taxation unitaire, Hellerstein et McLure (2004) critiquent longuement cette approche car « le coût [historique] d'un actif offre une pauvre approximation de sa valeur et du coût en capital pour son propriétaire; cette approche résulte en une distorsion systématique de la contribution des actifs dont la durée de vie est longue comparativement à une mesure du coût en capital. »¹⁷⁵ Dit simplement, utiliser le coût historique d'une immobilisation corporelle peut donner lieu à certaines aberrations comptables et fiscales spectaculaires en taxation unitaire.

Christensen (1997) reproduit un cas réel dans lequel, à l'époque où la taxation unitaire californienne s'appliquait mondialement, un vignoble français a dû utiliser le

¹⁷³ Pour plus de certitude, précisons de nouveau, afin d'éviter toute confusion sur les termes, que les immobilisations incorporelles peuvent aussi être incluses au facteur des actifs. Nous reviendrons sur cette question plus loin.

¹⁷⁴ Les paragraphes 16 à 28 énoncent divers ajustements permis au coût d'achat initial d'une immobilisation corporelle; par exemple : les frais de livraison, les frais d'installation, les honoraires professionnels, etc.

¹⁷⁵ En anglais : « [...] the cost of assets provides a poor approximation of both their value and the user cost of capital; its use to apportion income results in systematic overstatement of the contribution of long-lived assets, compared to apportionment based on the user cost of capital. » (p. 212).

coût d'acquisition de ses propriétés californiennes, acquises dans les années 1980, et le coût historique de ses propriétés françaises, datant du XVII^e siècle, dans une formule de partage de profits. Le résultat obtenu de ce partage fut évidemment en faveur de l'état de la Californie, de façon écrasante, sans doute au désespoir du gouvernement français.¹⁷⁶ Cela suffit à illustrer la faiblesse intrinsèque que dissimule le facteur des actifs corporels fondé sur le coût historique, un coût qui n'a habituellement rien à voir avec la valeur ajoutée qu'amène effectivement l'immobilisation corporelle au profit de l'entreprise unitaire, exprimé en termes de quantum.¹⁷⁷

Agundez-Garcia (2006) suggère ainsi que l'évaluation des immobilisations corporelles devrait plutôt se faire à la valeur marchande en dépit des difficultés techniques d'établissement d'une telle valeur.¹⁷⁸ Cette possibilité est également cohérente avec le paragraphe 31 de la norme comptable IAS 16 qui précise « [qu'a]près sa comptabilisation en tant qu'actif, une immobilisation corporelle dont la juste valeur peut être évaluée de manière fiable doit être évaluée à son montant réévalué, à savoir sa juste valeur à la date de la réévaluation [...] ». ¹⁷⁹

¹⁷⁶ Christensen (1997) explique : « In the 1980s, the company purchased a vineyard in California. For apportionment purposes, the company was required to use the 1980s historic cost of the California vineyards and the seventeenth century historic costs of the French vineyards. The results were dramatically skewed toward allocating income to California. » (pp. 1148-49).

¹⁷⁷ Insistons sur le fait que cette notion de quantum relativement à la relation entre le coût d'acquisition de l'actif et le profit n'est pas anodine. Nous avons déjà observé, lors de l'exposé sur le facteur des salaires, que les conditions locales du marché du travail engendrent des difficultés significatives d'évaluation de ce facteur dans la formule de partage de profits. Au même titre, il existe bien sûr une relation entre les coûts engagés relativement aux immobilisations corporelles et le profit d'une entreprise. Mais c'est au niveau des montants que la relation se désagrège : l'exemple du vignoble illustre une situation où des actifs, sans valeur apparente d'un point de vue historique, génèrent pourtant assurément une part appréciable du profit exprimé en dollars.

¹⁷⁸ En anglais : « In theory, for the purposes of apportioning present corporate income, this factor should be valued according to the current market value of the assets. However, this is impossible to know, since many assets may not have a price determined by market trading, and complex to implement because price fluctuations could be an important source of uncertainty for the firms' tax liability. » (p. 49).

¹⁷⁹ Le lecteur attentif à la dimension comptable de l'exposé aura peut-être détecté ce qui semble être une contradiction entre la directive inscrite au paragraphe 15 de l'IAS 16, venant prescrire

Bien que la présentation des techniques d'évaluation de la valeur marchande dépasse l'objet de ce texte, on retiendra que dans un tel cas, une comparaison avec des biens semblables devient parfois nécessaire, ce qui apparenterait dès lors ce processus à une analyse de comparabilité faisant appel aux caractéristiques de ce bien au sens où l'entendent les Principes de l'OCDE. Dans d'autres cas, il est possible de procéder par voie de calculs financiers afin d'en arriver à une « valeur actualisée nette » de l'immobilisation corporelle.¹⁸⁰

Dans un cas de figure comme l'autre, les États adhérents doivent ainsi, une fois de plus, obtenir une compréhension approfondie du bien sur lequel porte l'évaluation. Cette compréhension passe évidemment par la quantification de la contribution économique du bien, autrement dit sa valeur ajoutée, au profit de l'EMN. À l'instar de ce que nous avons exposé lors du processus de consolidation comptable, on peut aisément concevoir les difficultés de ce type d'exercice lorsqu'il s'agit d'évaluer la valeur marchande d'une usine, d'un parc d'équipements lourds ou de tout autre genre d'immobilisations corporelles d'importance alors que les informations financières nécessaires doivent d'abord être obtenues de l'EMN, encore et toujours en possession de l'avantage qu'est l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité, une des composantes de son pouvoir procédural.

Dans la même veine, lorsque sont localisées des immobilisations corporelles dans des pays non adhérents, le problème des « actifs orphelins » est d'un ordre tout à fait

l'évaluation au coût historique, et celle du paragraphe 31, prônant plutôt l'évaluation d'un bien corporel à sa valeur marchande. Mais il n'en est rien puisque le paragraphe 31 précise « dont la juste valeur peut être évaluée de manière fiable ». Dans la pratique, cela signifie que le jugement comptable sera exercé. Le paragraphe 29 de l'IAS 16 vient encadrer l'exercice de ce jugement. De la sorte, il n'est pas rare que le propriétaire d'un actif préfère effectivement la comptabilisation au coût historique au lieu d'une valeur marchande dont la fiabilité est questionnable. En effet, avant de se départir d'un bien, particulièrement d'une immobilisation corporelle de grande valeur, sa valeur marchande demeure toujours discutable.

¹⁸⁰ Diverses hypothèses relativement aux flux monétaires associés au bien soumis à l'évaluation sont néanmoins requises pour le calcul d'une valeur actualisée nette, incluant les revenus anticipés, un taux d'escompte, la durée de vie du bien, etc. Pour en savoir davantage sur la notion de valeur actualisée nette, le lecteur pourra consulter un manuel d'introduction au calcul financier.

semblable à celui exposé sur les salaires orphelins.¹⁸¹ L'absence de ces actifs à la formule de partage de profits introduit un biais pouvant être significatif. De la sorte, la localisation ou la relocalisation d'une immobilisation corporelle constitue une autre opportunité éventuelle d'exercice du pouvoir procédural de l'EMN qui n'est pas contrecarrée par la mise en œuvre de la taxation unitaire.

Du point de vue des États adhérents, l'asymétrie de l'information en faveur de l'EMN et les comportements de défection, toujours disponibles, augmentent significativement le degré de difficulté de l'élaboration d'une formule de partage de profits faisant appel aux immobilisations corporelles. En parallèle, une éventuelle contestation des informations suggérées par l'EMN ou de l'organisation de ses affaires commerciales, quant à la localisation géographique de ses biens corporels, devient de nouveau une tâche extrêmement périlleuse; rencontrer un éventuel fardeau de la preuve vraisemblablement impossible lors de litiges juridiques.

L'amortissement des immobilisations corporelles

De prime abord, quelle que soit l'option retenue relativement à l'évaluation d'une immobilisation corporelle, coût historique ou valeur marchande, la question du traitement à accorder à la dépréciation de celle-ci, au fil du temps, compte tenu de son usure naturelle ou de son utilisation commerciale, est souhaitable en taxation unitaire. L'exemple du vignoble français est éloquent à cet effet; on ne peut délibérément ignorer cette variable.

Expliquons donc tout d'abord brièvement les fondements théoriques de l'amortissement. Considérée dans son ensemble, l'évaluation d'une immobilisation corporelle est indirectement influencée par sa durée de vie. En termes simples, l'amortissement est le processus spécifique visant à tenir compte de cette durée de vie économique ou commerciale d'un bien. Parce qu'au fil du temps, une immobilisation

¹⁸¹ À l'image des ventes orphelines et des salaires orphelins, cette notion spécifique à la taxation unitaire est de nous.

corporelle s'use et perd ainsi de la valeur, l'amortissement permet de quantifier cette dépréciation de valeur. L'amortissement comptable est linéaire.¹⁸² Par exemple, si une immobilisation corporelle a une durée de vie de dix ans, l'amortissement comptable reflètera une dépréciation de valeur annuelle de 10 %. Ce montant, représentant la dépréciation de 10 %, peut être directement passé en dépense comptable à l'état du résultat net de la société par actions, réduisant d'autant le profit comptable de cette année spécifique.¹⁸³

Aux fins de la taxation unitaire, quelques précisions techniques sont à noter. D'un côté, lorsque l'immobilisation corporelle fait l'objet d'une évaluation à sa valeur marchande, tel que le suggère notamment Agundez-Garcia (2006), la quantification de l'amortissement est implicite à ce processus. Un exemple permettra de s'en convaincre. Présumons l'existence de deux biens corporels identiques, les biens A et B. Prenons toutefois pour hypothèse que le bien A fut été acheté il y a cinq ans alors que le bien B est à l'état neuf. Il en résulte qu'une évaluation marchande inférieure du bien A, comparativement au bien B, sous-tendrait notamment une dépréciation tacite de ce premier. De ce fait, l'évaluation à la valeur marchande d'une immobilisation corporelle « résout » de facto le problème de l'amortissement.¹⁸⁴

D'un autre côté, l'immobilisation corporelle peut aussi être évaluée à son coût historique; c'est le cas par exemple dans le système américain de taxation unitaire comme le relate Christensen (1997). Aux fins de la présentation comptable, le paragraphe 30 de la norme IAS 16 indique alors : « [qu'a]près sa comptabilisation en tant qu'actif, une immobilisation corporelle doit être évaluée à son coût diminué du cumul des amortissements et du cumul des pertes de valeur. » Dans le cas précis où

¹⁸² IAS 16, paragraphe 50 : « Le montant amortissable d'un actif doit être réparti systématiquement sur sa durée d'utilité. »

¹⁸³ *Ibid.*, paragraphe 48 : « La dotation aux amortissements de chaque période doit être comptabilisée en résultat net sauf si elle est incorporée dans la valeur comptable d'un autre actif. »

¹⁸⁴ Mais réitérons néanmoins que l'établissement d'une valeur marchande n'est pas réussi sans rencontrer quelques difficultés techniques dont l'exposition dépasse l'objet de ce texte.

une immobilisation corporelle est évaluée au coût historique, le problème de l'amortissement devient par conséquent incontournable. La détermination du degré de vétusté de cette immobilisation corporelle et la quantification de son amortissement sont alors rendues nécessaires pour une inclusion au facteur des actifs de ladite immobilisation.

Ce processus menant à la détermination de l'amortissement est néanmoins source de quelques difficultés dans la pratique. Il y a d'abord le problème de la conciliation entre l'amortissement comptable et l'amortissement fiscal. En fiscalité, l'amortissement comptable diffère presque toujours de l'amortissement fiscal. En fiscalité canadienne, un calcul doit être fait par la société par actions pour l'application d'un « amortissement fiscal dégressif ». Tandis que l'amortissement comptable délimite la durée de vie d'un actif de façon linéaire en fonction des conditions économiques et commerciales, l'amortissement fiscal prévoit divers taux de dépréciation, applicables à divers types de biens, par voie réglementaire. Certaines règles spécifiques sont également prévues afin d'encadrer l'utilisation de la déduction fiscale pour amortissement dans le calcul du profit de l'entreprise aux fins fiscales, déduction qui pourrait être disponible sur un bien spécifique, dans une année fiscale donnée.¹⁸⁵

Ensuite, l'amortissement engendre également divers problèmes spécifiques lors de sa quantification en fiscalité internationale. Débutons par un exemple spécifique à l'application du principe de pleine concurrence. Chaque fois qu'un actif intervient

¹⁸⁵ La présentation de la méthode de calcul de l'amortissement fiscal dégressif dépasse l'objet de notre exposé. Limitons-nous à énoncer que la déduction pour amortissement est possible par application de l'alinéa 20(1)a) de LIR. La partie XI du *Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945*, codifie les diverses règles pertinentes. Pour notre exposé, le lecteur retiendra que l'amortissement fiscal dégressif oblige à une conciliation entre l'amortissement comptable et l'amortissement fiscal aux états financiers. Cela complique évidemment l'évaluation des immobilisations corporelles amortissables dans la composante des actifs de la formule de partage de profits. Pour une introduction simple mais relativement exhaustive sur le sujet, voir : Agence du revenu du Canada, « Réclamer la déduction pour amortissement (DPA) », disponible en ligne à <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/bsnss/tpcs/slprrnr/rprtrng/cptl/menu-fra.html> (consulté le 6 décembre 2013).

dans l'application du principe de pleine concurrence, établir sa valeur est susceptible de donner naissance à des litiges notamment à cause de sa durée de vie. À ce titre, lors d'une analyse de comparabilité effectuée dans le but d'appliquer le principe de pleine concurrence, on ne pourrait pas comparer directement la marge bénéficiaire d'une société par actions utilisant des équipements neufs, l'entité A, à celle d'une autre, l'entité B, dont les équipements sont désuets.

En effet, dans le premier cas, la dépense comptable pour amortissement passe aussitôt à l'état du résultat net de l'entité A, sous forme de dépense, diminuant d'autant sa marge bénéficiaire comptable tandis que dans le second cas, cette dépense est inexistante, les actifs de l'entité B étant désuets. Cela revient à dire, toutes choses étant égales par ailleurs, que dans le cas où l'entité B n'a pas accès à cette dépense comptable, sa marge bénéficiaire comptable est forcément plus élevée que celle de l'entité A qui utilise une dépense comptable pour amortissement. Un ajustement de comparabilité est donc requis afin d'effectuer une comparaison valable des marges de profit des entités A et B. Cet ajustement permet de la sorte de tenir compte de la vétusté des équipements de l'entité B. Aux fins de l'application du principe de pleine concurrence, cet ajustement est, bien sûr, à quantifier par l'EMN qui y verrait sans aucun doute une opportunité d'exercer son pouvoir procédural à l'image de ce que nous avons observé lors de la présentation du processus de recherche d'entités comparables.¹⁸⁶

En comparaison, dans un système de fiscalité internationale où la taxation unitaire serait applicable, le même phénomène se manifeste, mais cette fois-ci par son impact sur la valeur nette respective des immobilisations corporelles appartenant aux diverses entités incluses dans l'entreprise unitaire, la valeur nette s'exprimant au coût

¹⁸⁶ D'un côté, sur le plan de la technique comptable, on pourrait prétendre que l'ajustement consiste uniquement à retirer la dépense comptable pour amortissement des états financiers de l'entité A. Mais d'un autre côté, on se souviendra que le coût associé à un bien n'est pas forcément une représentation adéquate de la valeur apportée au profit de l'entreprise d'un point de vue économique ou commercial. Cet ajustement, apparemment simple du point de vue comptable, ne l'est donc pas forcément pour l'application du principe de pleine concurrence.

historique diminué de l'amortissement cumulatif.¹⁸⁷ Par exemple, supposons de nouveau que les immobilisations corporelles de l'entité A, situées dans le pays A, sont neuves, tandis que celles de l'entité B, situées dans le pays B, sont désuètes. Présignons que l'ensemble de celles-ci sera inclus au facteur des actifs d'une formule de partage de profits. Dans l'espace temporel présent, les immobilisations corporelles de l'entité A ont ainsi une valeur nette, un coût historique ajusté pour la dépréciation, plus importante que celles de l'entité B car elles sont neuves.

L'inclusion de ces diverses immobilisations corporelles dans la formule de partage de profits aura pour effet d'envoyer une partie plus importante du profit consolidé vers l'entité A, ceci sans égard à l'utilisation factuelle ou à la contribution économique effective que pourrait avoir chacune de celles-ci au profit consolidé. L'influence du résultat obtenu est donc possible : nous pouvons notamment conclure qu'il serait avantageux pour une EMN de minimiser le remplacement des immobilisations corporelles présentes dans des pays où les taux d'imposition statutaires sont élevés.¹⁸⁸

Dans le même ordre d'idées, l'EMN pourrait relocaliser ses immobilisations corporelles, lorsque possible, dans les pays à taux d'imposition statutaires faibles, à l'image de ce que nous avons observé lors de l'analyse du facteur des salaires. Ces quelques exemples suffisent à illustrer un exercice réussi du pouvoir procédural de l'EMN relativement aux immobilisations corporelles évaluées à leur coût historique respectif.

L'utilisation des immobilisations corporelles dans une formule de partage de profits exige par conséquent que les calculs de l'amortissement comptable et fiscal soient d'abord uniformisés par les États adhérents pour application à toutes les entités

¹⁸⁷ Et non pas par la valeur marchande dont nous avons déjà traité plus haut; l'amortissement y étant implicitement inclus.

¹⁸⁸ Notre exemple est effectivement une adaptation au problème de l'amortissement de l'aberration relevée par Christensen (1997) dans l'évaluation au coût historique de biens corporels.

incluses à l'entreprise unitaire sans quoi, des manœuvres comptables et fiscales du facteur des actifs seraient possibles à l'EMN. Ensuite, des ajustements sont requis afin d'éviter les effets de distorsions que génère la consolidation d'immobilisations corporelles neuves et désuètes dans une même formule de partage de profits. Ces problèmes, s'ils ne sont pas sans solution, demeurent extrêmement difficiles à résoudre au plan technique. Ils s'avèrent d'un même ordre que les problèmes relatifs à l'évaluation de la valeur marchande d'une immobilisation corporelle puisqu'ils exigent l'obtention d'informations financières précises en la possession de l'EMN. L'opportunité d'exploiter l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité avec succès demeure de la sorte disponible au contribuable.

De plus, puisque quantifier l'amortissement contient des composantes de nature économique et commerciale, et non pas simplement comptable, il y a fort à parier qu'il serait la source d'innombrables litiges de nature juridique en taxation unitaire. En effet, les six critères relativement à l'arrêt *Canderel Ltée c. Canada* (1998), déjà cité, nous permettent de conclure que l'amortissement, donné son impact indirect sur la valeur marchande d'un actif ou son impact direct sur la valeur nette au coût historique ajusté, serait la source de nombreuses mésententes entre les États adhérents et le contribuable.¹⁸⁹

L'inclusion des immobilisations incorporelles

Au cours des pages précédentes, nous avons présenté les principaux problèmes qu'occasionne l'évaluation, au coût historique ou à la valeur marchande, d'une immobilisation corporelle pour son inclusion au facteur des actifs d'une formule de partage de profits en taxation unitaire. Nous avons également relevé quelques ressemblances avec la démarche que requiert l'application du principe de pleine

¹⁸⁹ On se rappellera que cet arrêt confirme que le calcul du profit aux fins fiscales, ce qui inclut l'amortissement, est un processus comptable mais également juridique. Nous avons déjà exposé l'écrasant fardeau de la preuve qu'occasionne cet arrêt pour l'État.

concurrence. Ces difficultés ne sont assurément pas bénignes. Toutefois, elles s'avèrent n'être en fait que de blêmes distractions comparativement aux intenses culs-de-sac que viendrait générer autant l'inclusion que l'exclusion des immobilisations incorporelles à la formule de partage de profits. Cette sous-section approfondit les problèmes relatifs à l'évaluation du quantum et à l'identification du nexus d'une immobilisation incorporelle.

Que ce soit pour l'EMN ou les États adhérant à un système de taxation unitaire, l'évaluation d'une immobilisation incorporelle est tout aussi complexe, sinon davantage que celle d'une immobilisation corporelle. En prix de transfert, elle est l'une de ces quadratures du cercle dont la solution semble autant ambiguë que fuyante.¹⁹⁰ Par exemple, comment évaluer avec un degré de précision acceptable la valeur d'une marque de commerce reconnue mondialement à un moment précis? Au plan théorique, Agundez-Garcia (2006) explique :

« la valeur d'un bien incorporel devrait se déterminer à l'aide de la valeur présente des cash-flows qu'il va générer (par exemple des redevances). [...] Si les biens incorporels sont inclus au facteur des actifs, les redevances contrôlées qui en résultent, payées par une entité à une autre, devront faire l'objet d'une évaluation de pleine concurrence. La taxation unitaire ferait ainsi face à des difficultés semblables à celles rencontrées dans l'application du principe de pleine concurrence. »¹⁹¹

Une évaluation de la « valeur présente des cash-flows » n'est pas simple. Dans la pratique, elle s'apparente à la démarche menant à la quantification de la valeur actualisée nette d'un bien corporel, déjà brièvement présentée. Plusieurs hypothèses

¹⁹⁰ L'actuel exercice de mise à jour du chapitre 6 des Principes de l'OCDE, déjà mentionné, est notamment motivé par les difficultés d'évaluation, nombreux litiges et multiples controverses que génèrent les immobilisations incorporelles en prix de transfert.

¹⁹¹ En anglais : « In principle, the *value* of an intangible asset should be determined by the present discounted value of the income flow the property will generate (for example, royalties paid for its use). [...] Thus, if intangibles were included in the property factor, intra-group royalty payments should be subject to arm's length valuation, with the corresponding search for comparables, etc. That implies that the FA system would still face some of the transfer pricing complexities currently existing under the SA methodology. » (p. 50). [*Italiques dans le texte*]

sont ainsi requises; chacune de celles-ci peut venir substantiellement modifier le résultat obtenu.¹⁹² De la sorte, dans la pratique, Li (2002) suggère plutôt l'utilisation de la méthodologie préconisée par le chapitre 6 des Principes de l'OCDE afin de quantifier la valeur d'une immobilisation incorporelle. Il s'agirait d'effectuer une analyse de comparabilité mais spécifiquement à l'endroit du bien incorporel. L'exercice consisterait donc notamment à déterminer ses caractéristiques, dessiner le profil des fonctions, risques et actifs utilisés dans sa création, son maintien et son exploitation commerciale.¹⁹³

Pour ce faire, que l'on s'inspire des Principes de l'OCDE ou que l'on procède à une évaluation de la valeur actualisée nette, les États adhérents devront, encore une fois, obtenir une compréhension approfondie de l'immobilisation incorporelle sur laquelle porte l'exercice. À l'image de notre présentation du processus de consolidation comptable, on peut aisément concevoir les difficultés de cette démarche lorsqu'il s'agit d'évaluer une marque de commerce ou un procédé technique quelconque alors que nombre d'informations financières, économiques et commerciales doivent, en grande partie, être forcément obtenues de l'EMN.¹⁹⁴

Dans le but d'atténuer cette dépendance informationnelle significative envers l'EMN, il serait possible aux États adhérents d'évaluer l'immobilisation incorporelle à son coût d'origine, un coût historique, auquel cas, les possibilités de manœuvres comptables et fiscales relativement à l'information seraient vraisemblablement minimisées. Dans la pratique comptable, la norme *IAS 38 Immobilisations incorporelles* énonce qu'un bien incorporel doit habituellement être comptabilisé à son coût historique.¹⁹⁵

¹⁹² En mathématiques financières, on parle alors de la sensibilité des résultats obtenus en regard des hypothèses utilisées.

¹⁹³ Li (2002) décrit en détail sa vision du problème aux pages 848-49.

¹⁹⁴ Répétons que les aspects techniques de ce processus d'évaluation dépassent l'objet de ce texte.

¹⁹⁵ Le paragraphe 24 de la norme IAS 38 énonce : « Une immobilisation incorporelle doit être évaluée initialement au coût. » Les paragraphes 25-28 définissent les coûts entrant dans le coût

Le bien incorporel doit de plus généralement être amorti selon sa durée de vie prévisible.¹⁹⁶ Mais l'ensemble de cette option n'est pas sans problème, comme nous l'avons vu dans le cas des immobilisations corporelles, dans la mesure où le lien entre le coût d'origine d'un bien incorporel et sa valeur réelle est décidément incertain.¹⁹⁷

Pour autant qu'elle constitue néanmoins un moindre mal, comparativement aux difficultés d'une évaluation à la valeur marchande, l'évaluation au coût historique est encadrée par la norme IAS 38 qui précise qu'aucune comptabilisation au bilan, en tant qu'actif, de l'immobilisation incorporelle n'est permise avant qu'un « avantage économique futur probable » ne soit démontré. Dit autrement, aucune comptabilisation d'une immobilisation incorporelle n'est permise au bilan dans la « phase de recherche » relativement à cet actif. À ce stade, les dépenses sont plutôt passées en charges à l'état du résultat net, réduisant d'autant le profit comptable de l'entité.¹⁹⁸

d'origine d'un bien incorporel. Nous omettons de notre exposé les directives applicables dans le cas de biens incorporels acquis séparément ou lors d'un regroupement d'entreprise. Notons simplement que la comptabilisation se fait alors à la valeur de marché libre, la valeur d'acquisition. Une analyse de marché est ainsi nécessaire par l'acquéreur afin de déterminer ce prix. Cette évaluation s'apparente à une analyse des caractéristiques d'un bien incorporel tel que le suggère le chapitre 6 des Principes de l'OCDE en prix de transfert.

¹⁹⁶ *Ibid.*, paragraphe 74 : « Après sa comptabilisation initiale, une immobilisation incorporelle doit être comptabilisée à son coût diminué du cumul des amortissements et du cumul des pertes de valeur. »

¹⁹⁷ Li (2002) suggère à cet effet : « Both commercial intangibles and marketing intangibles may be measured by cost.¹⁴⁸ For commercial intangibles, cost would include expenditures on research and development and the cost of obtaining legal protection of the intangibles. For marketing intangibles, it would include the cost of advertising and marketing. However, using cost as a measurement of intangibles may be problematic for two reasons. First, there is no necessary link between cost and value.¹⁴⁹ Second, historic costs may be difficult to determine since valuable intangibles (especially marketing intangibles) may be created over a period of years.¹⁵⁰ » (p. 849). Les notes à la citation n'ajoutent pas au raisonnement proposé.

¹⁹⁸ Les paragraphes 54-56 de la norme IAS 38 énoncent :

« 54 Aucune immobilisation incorporelle résultant de la recherche (ou de la phase de recherche d'un projet interne) ne doit être comptabilisée. Les dépenses pour la recherche (ou pour la phase de recherche d'un projet interne) doivent être comptabilisées en charges lorsqu'elles sont engagées.

55 Lors de la phase de recherche d'un projet interne, une entité ne peut démontrer l'existence d'une immobilisation incorporelle qui générera des avantages économiques futurs probables. Ces dépenses sont donc comptabilisées en charges lorsqu'elles sont engagées.

Selon cette approche comptable, aux fins de la taxation unitaire, il en résulte qu'une immobilisation incorporelle, dont la commercialisation ou l'exploitation n'est pas imminente, devrait être exclue du facteur des actifs dans la formule de partage de profits. Seules les immobilisations incorporelles en « phase de développement commercial » ou déjà activement exploitées commercialement devraient être incluses au facteur des actifs.¹⁹⁹ Cette règle devient néanmoins fort problématique lorsqu'une EMN est engagée dans des activités requérant une recherche importante. C'est notamment le cas des industries pharmaceutique et agroalimentaire qui investissent des milliards de dollars en recherche annuellement sans même que ne soient identifiées plus de quelques pistes menant au développement éventuel de procédés, formules ou produits commercialisables.²⁰⁰

En d'autres mots, des sommes très importantes peuvent être engagées par une ou plusieurs entités de l'EMN sans que celles-ci ne soient incluses au facteur des actifs. Il en découle diverses opportunités de manœuvres comptables et fiscales pour l'EMN qui pourra assigner ces divers types de charges comptables aux entités pertinentes afin d'atteindre un résultat précis en taxation unitaire. Illustrons ces affirmations à l'aide d'un bref exemple. De façon générale, dans une EMN, les dépenses associées aux projets en phase de recherche seraient assignées aux entités dont le taux d'imposition statutaire est élevé puisque celles-ci sont directement déductibles du

56 Exemples d'activités de recherche :

- (a) les activités visant à obtenir de nouvelles connaissances ;
- (b) la recherche d'applications de résultats de la recherche ou d'autres connaissances ainsi que leur évaluation et leur choix définitif ;
- (c) la recherche de substituts à des matériaux, dispositifs, produits, procédés, systèmes ou services ; et
- (d) la formulation, la conception, l'évaluation de différentes possibilités de matériaux, dispositifs, produits, procédés, systèmes ou services nouveaux ou améliorés et le choix définitif de l'une d'elles. »

¹⁹⁹ *Ibid.*, paragraphes 57-59.

²⁰⁰ Par exemple, au Canada uniquement, les compagnies pharmaceutiques ont investi 1,332 milliard de dollars en R&D en 2012 comparativement à 1,301 milliard en 2011 et 1,494 milliard en 2010 (KPMG 2013, p. 9).

revenu imposable. À l'inverse, les dépenses relatives aux projets en phase de développement commercial seraient engagées par des entités dont le taux d'imposition statutaire est faible puisque celles-ci donnent lieu à l'inclusion d'actifs dans la formule de partage de profits.²⁰¹

Bref, qu'une immobilisation incorporelle soit incluse au facteur des actifs par le fruit d'une évaluation à la valeur marchande ou au coût historique, notre exposé suffit à illustrer la complexité du problème à résoudre pour les États adhérents et les opportunités de planifications fiscales offertes à l'EMN. Mais par ailleurs, même dans le cas où une évaluation acceptable serait possible, encore faut-il explicitement établir le nexus de cette immobilisation incorporelle. Aux États-Unis, les biens incorporels s'utilisent en taxation unitaire mais sont exclus de la formule de partage de profits.²⁰² Christensen (1997) explique que chaque bien incorporel est directement attribué à l'état américain où se situe le nexus :

« En vertu de l'UDITPA, le revenu provenant de services rendus et de biens incorporels est attribué à l'état dans lequel « l'activité générant ce revenu est accomplie » ou, lorsque l'activité s'effectue dans plusieurs états, dans celui où les « coûts les plus importants sont engagés relativement à cette activité ». Dans ce dernier cas, une importance significative est donc accordée aux coûts pertinents à l'activité; définir ce que sont ces coûts devient extrêmement important. »²⁰³

²⁰¹ Selon les règles comptables qui seraient effectivement adoptées par les États adhérents, rappelons qu'il va de soi que l'EMN peut toujours faire en sorte que tous les types de coûts relatifs aux immobilisations corporelles soient engagés par des entités assujetties à des taux d'imposition statutaires faibles, à l'image de la situation actuelle en fiscalité internationale.

²⁰² Weiner (1999) explique : « Because the tax base generally excludes intangible income, the property factor also generally excludes intangible property. If a state allocates income from intangibles to a particular state, it would be improper to include in the property factor the property that generates intangible income. Moreover, the difficulty in identifying the location of intangible property makes it difficult to assign the property to the numerator of any state's factor. » (p.15). Par « tax base », Weiner (1999) entend la définition américaine de ce terme aux fins de la taxation unitaire.

²⁰³ En anglais : « Under UDITPA, income from services and intangibles is sourced to the state in which the "income producing activity is performed"; or, where the activity occurs in multiple jurisdictions, income is sourced to the state in which the "greater cost of performance" occurs. [...] Heavy emphasis is then placed on determining exactly what the "costs of performance" are. Because the multiple jurisdiction test is a "winner-take-all" test, defining which costs are associated with the cost of performance and the location where those costs are incurred becomes extremely important. »

Ce processus est ainsi fort semblable à ce qui se fait dans le système actuel de prix de transfert. Dans le cadre d'application du principe de pleine concurrence, une analyse fonctionnelle est effectuée afin d'établir le nexus « économique » d'une immobilisation incorporelle. Quant au nexus « juridique », il n'est généralement pas sujet à controverse puisque formellement établi par contrat entre les parties. En prix de transfert, les Principes de l'OCDE prévoient explicitement la primauté de la substance économique sur la forme juridique lorsqu'il est question du nexus d'une immobilisation incorporelle. À cet effet, le paragraphe 6.13 des Principes de l'OCDE énonce : « [l]es lignes directrices définies aux chapitres I, II et III pour l'application du principe de pleine concurrence valent aussi pour la détermination de prix de transfert entre entreprises associées dans le cas de biens incorporels. [...] ».

À l'image des diverses situations et exemples déjà présentés, la détermination du nexus économique d'un bien incorporel est de la sorte, plus souvent qu'autrement, la source de nombreux litiges administratifs et juridiques en prix de transfert. Le cas *GlaxoSmithKline* (2008/2012), que nous avons longuement analysé, en est l'illustration typique. L'EMN organise ses activités commerciales de manière à ce que ses immobilisations incorporelles soient localisées là où les taux d'imposition statutaires sont faibles ou nuls, généralement des paradis fiscaux. Ce mode d'organisation s'appuie sur des fondements juridiques indéniables. C'est spécifiquement au niveau de la substance économique de ces arrangements que les États, présumés lésés, font valoir leurs objections devant les tribunaux, conformément à la primauté accordée à la substance économique en prix de transfert.²⁰⁴

(p. 1151). Notons que Hellerstein et McLure (2004) dénoncent cette exclusion américaine des biens incorporels de la formule de partage de profits car ceux-ci représentent les « joyaux de la couronne » pour une EMN. Nous comprenons de cette critique que les auteurs souhaiteraient voir l'application de la taxation unitaire de façon intégrale plutôt que partielle. Ils expliquent : « [...] it is not appropriate to ignore intangible assets, which are the "crown jewels" of the modern corporation [...] » (pp. 211-12).

²⁰⁴ Insistons sur le fait qu'en taxation unitaire il ne serait être question d'envisager la détermination du nexus d'une immobilisation incorporelle autrement que par l'identification du nexus

Pour la mise en place de la taxation unitaire, Li (2002) suggère une approche, apparemment simple, pour identifier le nexus économique d'un bien incorporel et contrecarrer ces litiges : « [...] les biens incorporels manufacturiers seraient attribués au pays où la recherche et le développement s'effectuent tandis que les biens incorporels de commercialisation seraient attribués au pays où se fait la commercialisation. »²⁰⁵ Si elle est effectivement simple au premier regard, cette approche mécanisée d'allocation des immobilisations incorporelles n'est pas pour autant sans lacune.

Notons à ce titre que l'application de cette approche peut être particulièrement laborieuse lorsque plusieurs entités contribuent activement à la recherche, au développement, au maintien ou à l'exploitation commerciale d'un actif incorporel.²⁰⁶ Ce sera habituellement le cas dans la réalité et parfaitement cohérent avec l'existence même de l'EMN qui vise à développer et exploiter les synergies propres à ce mode d'organisation des affaires. Comment alors faire une répartition correcte entre les diverses entités sans tomber dans le piège incongru de l'élaboration d'une formule de répartition des immobilisations incorporelles préalablement au calcul de la formule de partage de profits?²⁰⁷

économique. En effet, nous avons déjà observé, lors de notre exposé portant sur la détermination de l'entreprise unitaire, la facilité avec laquelle l'EMN peut influencer à son avantage une approche exclusivement légale. De la même manière, une détermination du nexus d'une immobilisation incorporelle à l'aide d'une approche légale, plutôt qu'économique, rendrait élémentaire à l'EMN l'influence du résultat fiscal par simple assignation contractuelle de la propriété de celle-ci.

²⁰⁵ En anglais : « With respect to the location of intangibles, commercial intangibles could be sited to the country where research and development occurred, and marketing intangibles could be sited to the country where products or services are marketed. » (p. 849).

²⁰⁶ Agundez-Garcia (2006) explique : « Even if intangibles are properly valued, assigning a situs to them is not necessarily easier (but obviously has to be done to attribute them to a particular jurisdiction using the apportionment formula). In case of R&D, very often intangibles arise from the synergy effects generated by the interaction of several or all of the affiliates in a corporate group cooperating in common research projects. In that case, it might be difficult to separate the respective contributions performed in different jurisdictions. » (pp. 50-51).

²⁰⁷ En effet, sans sombrer dans la technique, il est de connaissance commune en statistique que les formules à plusieurs paliers augmentent significativement la sensibilité des résultats finaux relativement aux calculs intermédiaires qui, eux également, sont déjà soumis à un certain nombre

Cela nous amène à croire que la détermination du nexus économique d'une immobilisation incorporelle devrait effectivement s'inspirer de l'approche suggérée par les Principes de l'OCDE.²⁰⁸ Ceci dit, dans un éventuel système de taxation unitaire, que la détermination du nexus économique fasse abstraction de l'information disponible chez l'EMN ou non, nous avons déjà fait observé qu'en fonction de la répartition recherchée du profit consolidé, l'EMN pourrait volontairement localiser ses immobilisations incorporelles, au stade de la recherche, dans certains pays plutôt que d'autres. Une démarche semblable est évidemment possible pour les immobilisations incorporelles en développement ou exploitées commercialement.²⁰⁹

L'EMN pourrait également envisager la localisation d'immobilisations incorporelles à l'extérieur de la zone géographique de l'entreprise unitaire, auquel cas des transactions contrôlées sont ainsi créées pour profiter du phénomène des actifs orphelins en taxation unitaire. Cela revient à dire que l'approche retenue en matière d'identification du nexus économique importe finalement peu lorsqu'il demeure possible à l'EMN de localiser ou relocaliser ses immobilisations incorporelles au gré des caprices ou de règles idiosyncrasiques que seraient tentés de formuler les États adhérents.

Dans ce chapitre et le précédent, nous avons déjà exploré de nombreux exemples de manœuvres comptables et fiscales relativement aux biens incorporels. En effet, dans le système de fiscalité internationale fondé sur le principe de pleine concurrence,

d'hypothèses. Dit simplement, l'extrapolation appuyée sur d'autres extrapolations est très risquée. Pour une introduction non technique sur le sujet, voir Cohen, Michael D., James G. March et Johan F. Olsen, 1972, « A Garbage Can Model of Organizational Choice », *Administrative Science Quarterly*, Vol. 17, No. 1, pp. 1-25.

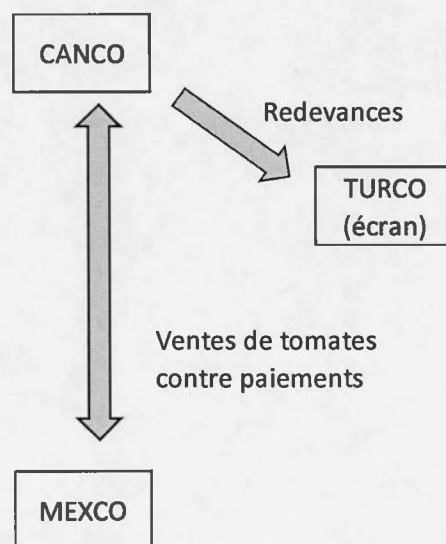
²⁰⁸ Selon nous, il est par ailleurs improbable que les tribunaux acquiescent à une approche mécanisée en la matière car, rappelons-le, le régime fiscal d'une société démocratique est fondamentalement appuyé sur le principe d'autocotisation du contribuable et non pas sur l'exercice de l'arbitraire par l'État.

²⁰⁹ Réitérons les règles comptables déjà exposées à ce sujet. Au stade de la recherche, les dépenses relatives aux actifs incorporels sont directement passées à l'état du résultat, réduisant d'autant le profit comptable, alors qu'aux stades du développement ou de l'exploitation, elles sont inscrites au bilan au titre de l'actif incorporel.

lorsque l'EMN crée une société écran dans un paradis fiscal, État où le taux d'imposition statutaire est faible ou inexistant, l'un des objectifs poursuivis consiste à ce que les actifs générateurs de profit, et non pas simplement les fonctions et les risques expliquant le profit, soient soustraits d'un taux d'imposition statutaire élevé.

Dans notre cas fictif, la société écran TURCO, située aux Iles Turques-et-Caïques, détient juridiquement les brevets de CANCO sur les plants de tomates résistant aux insectes. De ce fait, la société TURCO obtient une partie des profits initialement touchés par la société CANCO puisque cette dernière doit maintenant acquitter des redevances à cette première en contrepartie du droit d'utilisation des brevets. Pour l'application du principe de pleine concurrence, nous avons constaté que l'EMN crée de la sorte une autre transaction contrôlée qui permet de diminuer le taux effectif global d'imposition de l'EMN. Il s'agit d'un déplacement d'immobilisation incorporelle également possible dans un système de taxation unitaire.

Figure 4.13 Création de la société écran TURCO



Dans le même ordre d'idées, la création de la société écran VIERCO, par laquelle transite la production de tomates de MEXCO, a pour effet de relocaliser aux Iles Vierges britanniques davantage que des fonctions telles que la facturation et le transport des tomates. La société VIERCO se retrouve en possession des immobilisations incorporelles de l'EMN associées à ces fonctions.²¹⁰ La même analyse est possible pour la société écran BERCO, propriétaire des terres agricoles et des équipements de MEXCO, qui agit de plus en tant qu'assureur de la société MEXCO.

Bref, dans le cas où le système de fiscalité internationale est plutôt conçu et administré avec la taxation unitaire, ces stratégies de défection à l'aide de sociétés écran trouvent encore application avec succès en ce qui a trait aux actifs incorporels. Le déplacement du nexus économique d'un actif incorporel, et à la fois du nexus juridique, qu'il se fasse au sein de l'entreprise unitaire ou encore à l'extérieur de ses frontières géographiques, a pour effet de permettre l'influence du résultat obtenu à l'aide d'une formule de partage de profits. Il n'est tout simplement pas possible aux États adhérents de contrecarrer ce comportement de défection de l'EMN. L'exercice réussi du pouvoir procédural de l'EMN est par conséquent possible en taxation unitaire tout comme dans le système actuel fondé sur le principe de pleine concurrence en ce qui a trait à la localisation ou la relocalisation des immobilisations incorporelles.

Conclusion

En réponse à l'ensemble de ces difficultés portant sur l'évaluation de la valeur marchande et l'identification du nexus économique d'une immobilisation incorporelle, plusieurs auteurs suggèrent dès lors que seules les immobilisations corporelles

²¹⁰ Il est vrai que dans notre cas fictif, la matérialité des immobilisations incorporelles associées aux fonctions de facturation et de transport de cargaison de tomates est probablement peu significative dans l'ensemble des actifs entrant dans la formule de partage de profits.

devraient être incluses à la formule de partage de profits. Cela nous ramène, en quelque sorte, à la case départ sur cette question. On se rappellera Li (2002) qui suggère effectivement que le facteur des actifs devrait se limiter aux immobilisations corporelles puisque moins « difficile » à quantifier que les immobilisations incorporelles.²¹¹ Amerkhail (1999) pousse le raisonnement plus loin :

« Dans la formule traditionnelle de partage de profits, toutes les entités qui sont partie intégrante de l'entreprise unitaire sont réputées partager les risques et les immobilisations incorporelles uniformément. À l'inverse, les transactions contrôlées analysées avec le principe de pleine concurrence exigent que les risques et les immobilisations incorporelles soient assignés à une ou plusieurs entités spécifiques à l'aide d'une analyse fonctionnelle. »²¹²

Avi-Yonah et Clausing (2007) partagent également cette conception : « toute formule ignorant les immobilisations incorporelles se trouve en fait à en assigner la valeur à l'ensemble de l'EMN. » Ils estiment que c'est précisément ce résultat qui reflète le mieux la répartition « naturelle » des immobilisations incorporelles dans une EMN.²¹³

Ainsi, selon ces auteurs, il n'y aurait pas lieu de s'encombrer des problèmes de la quantification de la valeur et de l'identification du nexus économique des immobilisations incorporelles dans la formule de partage de profits puisque celles-ci appartiennent à toutes les entités de l'entreprise unitaire et existent, par conséquent, au bénéfice de chacune de ces entités. Cette conception est évidemment séduisante

²¹¹ En anglais : « Tangible property is probably the most reliable factor. It is reasonably easy to quantify and to locate geographically. The jurisdiction where tangible assets are located generally provides legal protection and infrastructure and is thus entitled to tax a portion of the income derived through the use of these assets. » (p. 848).

²¹² En anglais : « Under traditional formula apportionment, all entities and functional segments that are treated as part of the unitary business are made to share both risks and intangibles equally, in proportion to allocation factors that do not take account of risk or intangibles. In contrast, transactional arm's-length methods require that risks and intangibles be identified as belonging with particular entities, based on a functional analysis. » (p. 98).

²¹³ En anglais : « Any formula that ignores intangibles assigns their value to the entire MNE (divided based on the other factors used in the formula), and we believe this result more accurately reflects the nature of intangibles. » (p. 19).

aux premiers abords puisqu'elle semble éliminer le problème significatif que constitue le traitement des immobilisations incorporelles dans le facteur des actifs en plus, en théorie, de contrecarrer l'exercice du pouvoir procédural de l'EMN.

En général, les formules traditionnelles de partage de profits sont ainsi imaginées avec un facteur des actifs où les immobilisations incorporelles sont exclues. C'est dire que ce type d'actifs, parce qu'il est développé au sein de l'EMN, doit venir profiter à l'ensemble des entités de cette EMN. C'est sans doute une des distinctions les plus fondamentales avec le principe de pleine concurrence dans lequel les immobilisations incorporelles occupent une place prépondérante dans l'analyse de comparabilité.²¹⁴ Mais ce n'est qu'illusion. Là ne peut pas et ne doit pas s'arrêter le raisonnement dans le cas des immobilisations incorporelles en taxation unitaire.

Amené à destination, le raisonnement soutenant l'exclusion des immobilisations incorporelles de la formule de partage de profits implique qu'aux fins de la taxation unitaire, il irait de soi qu'une immobilisation incorporelle développée dans l'entreprise unitaire bénéficierait alors uniquement aux entités de cette unité. Et vice versa, lorsqu'elle est plutôt développée à l'extérieur de celle-ci auquel cas, nous sommes de nouveau face à une « immobilisation incorporelle orpheline » en regard de la taxation unitaire. Une telle logique, inévitable lorsque les immobilisations incorporelles sont « ignorées », implique de la sorte la possibilité de nouvelles transactions contrôlées à l'EMN, des transactions susceptibles, une fois de plus, de conduire à l'exercice du pouvoir procédural avec succès par le biais de manœuvres comptables et fiscales entre le bloc constituant l'entreprise unitaire et les autres entités de l'EMN.

Selon nous, il n'est donc décidément pas possible d'ignorer les immobilisations incorporelles en taxation unitaire. Les difficultés qu'elles engendrent demeurent entières et significatives, du point de vue des États adhérents, quant à leurs impacts

²¹⁴ En effet, tel que nous l'avons déjà mentionné, le chapitre 6 des Principes de l'OCDE concerne exclusivement les biens incorporels; il fait actuellement l'objet d'un exercice de révision en profondeur.

négatifs sur les chances de succès du remplacement du principe de pleine concurrence par la taxation unitaire. Ces difficultés, nous l'avons exposé, sont de plus bien souvent semblables à celles observées dans le contexte du principe de pleine concurrence.

4.4.5 L'importance relative des facteurs

Afin de conclure cette partie de notre exposé, examinons brièvement la notion de l'importance relative des facteurs dans une formule de partage de profits. Lors de notre exposé des trois facteurs de la formule traditionnelle, nous avons identifié diverses distorsions qu'occasionne le processus, habituellement technique, de quantification des facteurs traditionnels, en plus des nombreux types de manœuvres comptables et fiscales disponibles à l'EMN portant sur le quantum et le nexus. L'ensemble de ces défis n'est guère plus simple à résoudre ou distinct de ceux avec lesquels compose l'État lors de l'application du principe de pleine concurrence. Dans plusieurs cas, il ne s'en distingue pas significativement.

Dans l'univers propre à la taxation unitaire, Sorensen (1994) suggère qu'il pourrait néanmoins être envisageable d'amoindrir une partie de ces impacts négatifs, de ces distorsions, en utilisant des pondérations non uniformes des facteurs dans une formule de partage de profits spécifique. Le problème à résoudre consisterait évidemment à identifier les pondérations « optimales » de chaque facteur inclus à la formule de partage de profits. Au Canada, la formule utilisée se présente comme suit en termes de pondération des facteurs des ventes et des salaires :

$$50 \% \left[\frac{\text{Recettes brutes de la province}}{\text{Recettes brutes totales}} \right] + 50 \% \left[\frac{\text{Traitements et salaires dans la province}}{\text{Total des traitements et salaires}} \right]$$

La formule canadienne accorde ainsi une pondération équivalente au facteur des ventes et à celui des salaires dans la formule d'attribution du revenu.²¹⁵ Aux États-Unis, la formule générale de partage de profits est légèrement plus complexe. Chaque facteur possède initialement une pondération équivalente de 33,3 % à l'équation par application de l'UDITPA. Cependant, dans la plupart des états américains, le facteur des ventes bénéficie d'une pondération majorée, plus précisément d'une pondération doublée, ce qui a pour effet de l'amener à représenter une pondération de 50 % à la formule de partage de profits.²¹⁶

Facteur des ventes :	Facteur des salaires :	Facteurs des actifs corporels :
50 % de la formule	25 % de la formule	25 % de la formule

Parmi les travaux consultés, Sorensen (1994), Agundez-Garcia (2006) et Hines (2009) suggèrent des tentatives précises de « redressements » du facteur des salaires afin d'en amoindrir les effets de distorsions dans la formule de partage de profits. Hellerstein et McLure (2004) et Li (2002) font de même pour les facteurs des ventes et des actifs. Mais il faut noter qu'il n'existe pas, à notre connaissance, de travaux visant à déterminer la pondération optimale à donner à chaque facteur.²¹⁷ Pas plus qu'il n'existe de travaux composant avec les difficultés que génèrent les ventes

²¹⁵ Au risque d'être coupable d'un excès de zèle, nous pourrions dire que le facteur des actifs obtient une pondération nulle dans cette formule.

²¹⁶ Le raisonnement mathématique est simple : $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{3}$ et $\frac{1}{3}$, deviennent : $\frac{2}{3}$, $\frac{1}{3}$ et $\frac{1}{3}$ par double pondération du facteur des ventes. Le facteur des ventes représente donc $\frac{2}{3}$ (le double) des deux autres facteurs ($\frac{1}{3}$). Ramené sur une base de pondération de 100 %, on arrive donc à $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{4}$ et $\frac{1}{4}$ soit, 50 %, 25 % et 25 %.

²¹⁷ L'exposé détaillé de ces redressements dépasse l'objet de ce texte. Mentionnons par ailleurs que diverses analyses étudient certains impacts de la pondération actuelle des facteurs dans le contexte américain : Goolsbee et Maydew (2000) [impacts sur le plein d'emploi], Anand et Sansing (2000) [uniformité de la formule], Edmiston (2002) [impacts d'une formule à un ou plusieurs facteurs] et Klassen et Shackelford (1998) [arbitrage entre états américains, facteurs et taux d'imposition statutaires]. Eichner et Runkel (2007) ainsi que Runkel et Schjelderup (2007) offrent diverses « simulations » d'un éventuel système de taxation unitaire européen.

orphelines, les salaires orphelins et les actifs orphelins que nous avons identifiés lors de notre exposé.²¹⁸

L'absence de propositions relativement à la pondération optimale des facteurs d'une formule de partage de profits n'a évidemment rien d'étonnant. Dans la pratique, il est plausible qu'un tel exercice exigerait de nouveau une analyse semblable à celle que requiert l'analyse de comparabilité. En effet, dans le cadre de la formule traditionnelle de partage de profits, pour en arriver à une pondération optimale des facteurs, il est forcément requis de comprendre chacun de ceux-ci, incluant leurs impacts sur les activités commerciales de l'EMN et la répartition du profit consolidé. La question de la pondération des facteurs, qui devaient venir résoudre certaines des distorsions présentées, s'ajoute dès lors plutôt à ces nombreuses difficultés. Elle ouvre de plus la voie à de possibles manœuvres comptables et fiscales de la part de l'EMN à l'image de celles déjà analysées. Au plan technique, ces procédés s'apparentent à ceux brièvement présentés relativement à la recherche d'entités comparables lors de l'application du principe de pleine concurrence.²¹⁹

²¹⁸ Ceux-ci ont pourtant des effets significatifs de distorsions sur la composition de chaque facteur entrant à la formule de partage de profits.

²¹⁹ Répétons que nous avons choisi d'omettre un exposé détaillé de ces manœuvres, un exposé qui serait de nature hautement technique, car il n'ajouterait en rien à l'ensemble de notre analyse qui, selon nous, a déjà fait la démonstration probante de l'impossibilité de la taxation unitaire à venir résoudre l'inadéquation entre les objectifs poursuivis par l'État et les résultats obtenus en termes de recettes fiscales, relativement à sa politique de prix de transfert. Par conséquent, nous nous limiterons à mentionner que la quantification des pondérations des facteurs des ventes, salaires et actifs exige, une fois de plus, une vaste compréhension des activités de l'EMN. Cet exercice est également assujéti aux conceptions idéologiques des États adhérents : d'un point de vue économique, « pondérer » implique qu'il faudra notamment établir si une prépondérance doit être accordée au facteur de la demande (les ventes) ou encore aux facteurs de l'offre (salaires et actifs) de l'économie de marché où œuvre l'EMN. Il faudra de plus établir si la main-d'œuvre et les actifs doivent obtenir une même pondération. Ce ne sont que quelques exemples. Bref, ce genre de réflexions amène McIntyre (1992) à proposer une approche adaptée à chaque industrie, ce qui ne peut qu'amener des complications supplémentaires. Il écrit à cet effet : « An acceptable formula probably would need to make some serious effort at allocating income derived from intangible property to the country where that property was developed. Such a formula would need to be quite complex. In addition, I expect that national states would demand that different formulas be used for different industries. For example, a formula that might be acceptable for some manufacturing businesses would probably be unacceptable for financial services

4.5 Conclusion

Notre exposé sur la taxation unitaire est maintenant achevé. L'application de la taxation unitaire débute par la détermination de l'entreprise unitaire. Ce processus peut s'effectuer à l'aide d'une approche légale ou d'une approche économique. Par la suite, le profit consolidé comptable est calculé. C'est ce profit qui doit être partagé entre les États adhérant à la taxation unitaire grâce à une formule de partage de profits. Il existe divers genres de formule de partage de profits. Dans la pratique, la formule traditionnelle à trois facteurs est rencontrée aux fins de la taxation unitaire. Elle se compose des facteurs des ventes, des salaires et des actifs sur lesquels nous nous sommes penchés dans la section précédente.

Notre comparaison, d'une part, des éléments caractéristiques du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire et, d'autre part, du comportement de l'EMN dans les deux systèmes, nous a permis de soutenir notre thèse avec succès.

D'un côté, en fiscalité internationale, spécifiquement en ce qui a trait au prix de transfert, l'EMN entretient effectivement l'inadéquation entre les objectifs de la politique fiscale de l'État et les résultats obtenus en matière de recettes fiscales dans le système actuel grâce à l'exercice de son pouvoir procédural. Nous avons observé que les stratégies associées à ce pouvoir procédural de l'EMN peuvent être exercées presque intégralement dans un système alternatif fondé sur la taxation unitaire.

D'un autre côté, nous avons constaté que remplacer le principe de pleine concurrence par la taxation unitaire ne peut pas résoudre cette inadéquation compte tenu des ressemblances, dans plusieurs cas remarquables, des éléments spécifiques qui composent la taxation unitaire et le principe de pleine concurrence. Du point de vue de l'État, la vérification fiscale et, subséquemment, le processus de cotisation fiscale, demeurent tout aussi laborieux et fortuits, en termes de résultats, dans un

businesses or for natural resource extractive businesses. Of course a system that used different formulas for different industries would put pressure on the definition of those industries. » (p. 6).

· système comme l'autre. En conclusion de la thèse, nous revenons brièvement sur l'ensemble de notre démarche et proposons quelques réflexions finales relativement à l'imposition des sociétés par actions.

CONCLUSION

5.1 Comparaison des éléments constitutifs

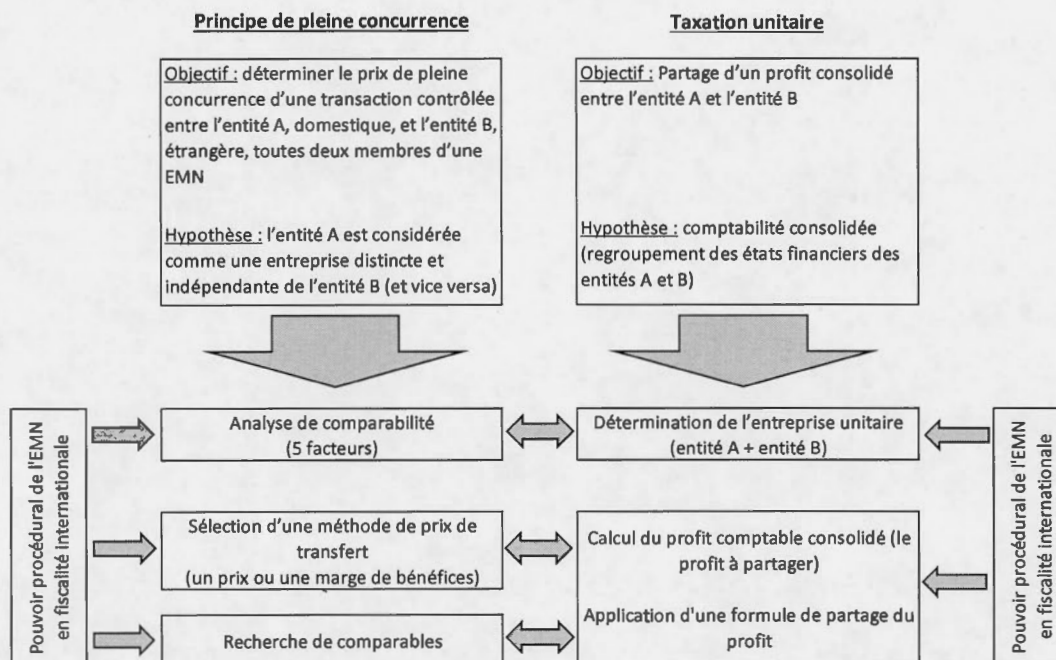
Nous avons illustré, dans les troisième et quatrième chapitres, que le principe de pleine concurrence et la taxation unitaire reposent sur des assises théoriques semblables et des réalités pratiques communes. Notre exercice de comparaison a été effectué dans la continuité de la problématique exposée au premier chapitre, à l'aide de la méthode également décrite au premier chapitre et du cadre analytique développé au deuxième chapitre. Notre question générale de recherche s'exprimait ainsi :

En dépit des comportements possibles ou adoptés par l'EMN, est-ce que l'utilisation de la taxation unitaire, au lieu du principe de pleine concurrence, permet d'aligner les objectifs de la politique fiscale, spécifiquement sur le prix de transfert, et les résultats obtenus, en termes de recettes fiscales, venant ainsi éliminer l'inadéquation actuelle?

La réponse à cette question est non. L'ensemble de notre exposé explique et illustre que la taxation unitaire est impuissante à résoudre l'inadéquation entre les objectifs poursuivis par l'État en matière de prix de transfert et les résultats obtenus, en termes de recettes fiscales, compte tenu des comportements de l'EMN.

Tout au long du chapitre précédent, nous avons relevé de nombreuses ressemblances entre les principaux éléments constitutifs du principe de pleine concurrence et ceux de la taxation unitaire.¹

Figure 5.1 Principe de pleine concurrence et taxation unitaire



En ce qui a trait à la détermination de l'entreprise unitaire, les États adhérents font face à un univers de difficultés semblables à celles que nous avons exposées relativement aux cinq facteurs de comparabilité et à la recherche d'entités comparables dans le but d'appliquer le principe de pleine concurrence. En effet, la détermination de l'entreprise unitaire est confrontée aux complications associées aux notions de contrôle et d'intégration économique. L'approche légale génère

¹ Dans le cas du principe de pleine concurrence, les facteurs de comparabilité, la sélection d'une méthode de prix de transfert et la recherche d'entités comparables; dans le cas de la taxation unitaire, la détermination de l'entreprise unitaire, le calcul du profit comptable consolidé et l'application d'une formule de partage de profits.

principalement des obstacles en lien avec les réorganisations corporatives. L'approche économique n'immunise pas les États face à ce type de comportements de l'EMN, en plus d'être susceptible de rencontrer des écueils semblables à ceux propres à l'analyse des cinq facteurs de comparabilité, lors de l'établissement de l'intégration économique entre les entités corporatives devant faire partie de l'entreprise unitaire.

Dit simplement, le processus de détermination de l'entreprise unitaire est intensif en besoin d'informations à l'instar des processus de l'analyse de comparabilité et de la recherche d'entités comparables nécessaires à l'application du principe de pleine concurrence. Qui plus est, le genre d'informations requis par les deux systèmes est, selon le cas, de nature comptable, financière, commerciale, juridique ou économique, en plus d'être en la possession exclusive de l'EMN. Cette démarche d'acquisition de connaissances s'avère habituellement complexe pour l'État dans un système comme l'autre.

Pour ce qui est du calcul du profit comptable consolidé, il s'agit d'un processus requérant également beaucoup d'informations et ce, à l'image de ce que nous avons observé lors de l'analyse du processus de recherche d'entités comparables pour l'application du principe de pleine concurrence. L'État, tout comme l'EMN dans ce cas précis, fait face à des difficultés significatives dans chacun des systèmes de fiscalité internationale étudiés. Par exemple, la recherche d'entités comparables, lors de l'application du principe de pleine concurrence, oblige à la quantification avisée de nombreux critères afin d'en arriver à une sélection finale judicieuse de ces entités alors présumées comparables. En comparaison, lors de la consolidation comptable du profit en taxation unitaire, il est nécessaire de « combiner les postes semblables d'actifs, de passifs, de capitaux propres, de produits, de charges et de flux de trésorerie de la société mère et de ses filiales ». ² Chacun de ces processus exige ainsi

² IFRS 10, paragraphe B86 de l'annexe B, déjà citée.

le respect des règles de l'art en la matière mais demeure, néanmoins, susceptible d'erreurs ou, dans certains cas, vulnérable aux manœuvres comptables et fiscales de l'EMN sur lesquelles nous reviendrons brièvement sous peu.

Dans le cas de la formule de partage de profits, notre exposé a longuement illustré que les facteurs des ventes, des salaires et des actifs exigent respectivement une analyse semblable, dans sa forme et à bien des égards dans son contenu, à celle portant sur les cinq facteurs de comparabilité, préalablement à l'application du principe de pleine concurrence. En ce qui a trait au facteur des ventes, la question du point d'origine ou de la destination finale des ventes, le problème des ventes orphelines et la détermination du traitement qui sera accordé aux ventes électroniques nécessitent des États adhérents l'acquisition d'une compréhension des affaires commerciales de l'EMN qui n'est pas moins significative que celle associée aux cinq facteurs de comparabilité.

En ce qui concerne le facteur des salaires, les États adhérents doivent obtenir une compréhension des activités de l'EMN qui ressemble de nouveau à ce qu'exige une analyse de comparabilité dans le système actuel. Mais ceux-ci doivent de plus acquérir suffisamment d'informations de la part des entités incluses à l'entreprise unitaire afin de quantifier ce facteur sans que les distorsions éventuelles, générées par la présence de travailleurs autonomes ou de salaires orphelins, viennent compromettre l'intégrité de la formule de partage de profits.

Enfin, pour ce qui est des actifs, notre présentation a illustré que l'évaluation des actifs corporels et incorporels se bute à des difficultés en tous points semblables à celles rencontrées dans le système actuel. De même, l'établissement du nexus économique des immobilisations incorporelles est soumis aux mêmes obstacles et génère les mêmes irritants pour les États adhérant à la taxation unitaire que lors de l'application du principe de pleine concurrence. En d'autres mots, l'existence des immobilisations incorporelles consacre, sans aucun doute possible, la possibilité de l'EMN à effectuer, même dans un système de taxation unitaire, des transactions

contrôlées lorsque certaines de ces immobilisations sont orphelines, donc localisées à l'extérieur de l'entreprise unitaire. Lorsqu'elles sont plutôt incluses à l'entreprise unitaire, les immobilisations incorporelles offrent également des opportunités d'arbitrage par le biais de leur localisation ou relocalisation chez la ou les entités où le taux d'imposition statutaire est plus faible.

L'analyse et la comparaison des éléments constitutifs du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire nous permettent donc de conclure que le remplacement du principe de pleine concurrence par la taxation unitaire ne viendrait en rien résoudre les difficultés actuelles de l'État en prix de transfert, que ce soit dans le contexte de sa relation avec le contribuable ou lorsque celui-ci adopte un comportement de défection propice à y mettre fin, en tout ou en partie. Cela nous conduit à nos conclusions relativement à la comparaison du comportement de l'EMN dans chaque système de fiscalité internationale.

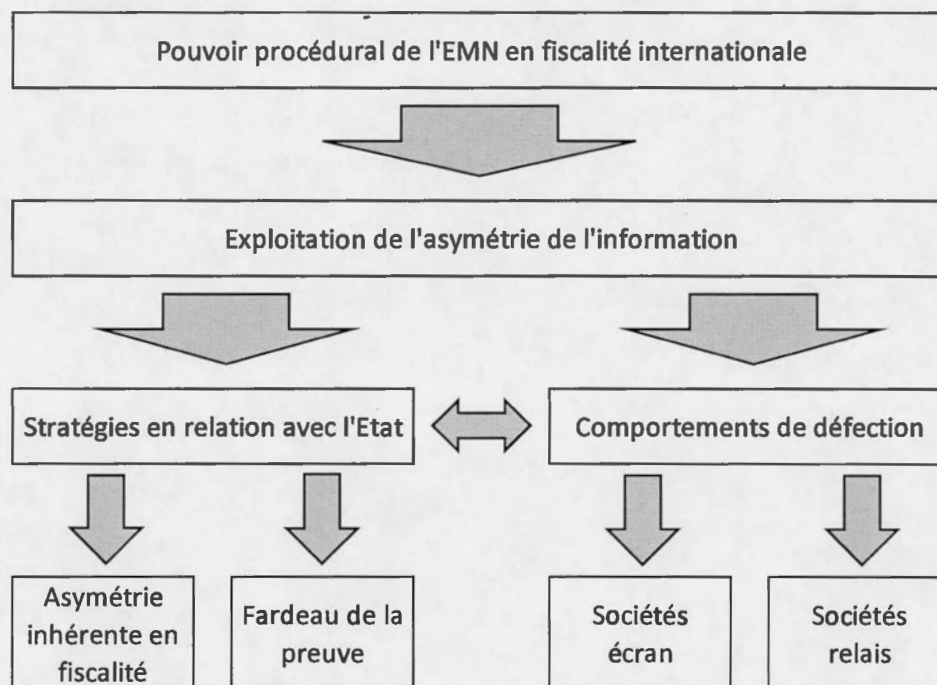
5.2 Comparaison du comportement de l'EMN

Outre la dimension comparative des éléments spécifiques au principe de pleine concurrence et à la taxation unitaire, notre exposé de la taxation unitaire a permis, à de nombreuses reprises, de mettre en exergue, selon les circonstances, que l'EMN pourrait exercer son pouvoir procédural dans le cours de sa relation avec les États adhérant au système de taxation unitaire et, lorsque possible et pertinent, en éliminant partiellement ou complètement cette relation. Il s'agit d'un état de fait en tout point semblable à ce qui s'observe dans le système actuel fondé sur le principe de pleine concurrence. En d'autres mots, la taxation unitaire est impuissante à résoudre l'inadéquation entre les objectifs poursuivis par l'État en matière de prix de transfert et les résultats obtenus, en termes de recettes fiscales, compte tenu des comportements de l'EMN.

Nous avons illustré, à l'aide de notre cas fictif, des normes IFRS pertinentes, de la jurisprudence canadienne applicable et d'autres exemples, de nombreuses situations, dans un système fondé sur la taxation unitaire, où l'EMN :

- exploiterait encore l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité;
- ferait en sorte de transférer le fardeau de la preuve vers l'État; et
- utiliserait de nouveau des sociétés écran et relais.

Figure 5.2 Pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale



Considérée dans son ensemble, notre analyse confirme que les États adhérant à la taxation unitaire sont condamnés à vivre des frustrations semblables à celles vécues dans le système actuel de prix de transfert, ceci à cause de l'existence du pouvoir procédural de l'EMN. En taxation unitaire, celui-ci trouve application lors de la détermination de l'entreprise unitaire, au cours du calcul du profit comptable

consolidé ainsi que pour l'élaboration et l'application d'une formule de partage de profits.

Dans le cas précis de la détermination de l'entreprise unitaire, nous avons observé que la notion de contrôle peut se définir de plusieurs façons. Nous avons constaté, selon l'approche retenue, que les contribuables ont toujours à leur disposition des procédés et des techniques afin de contourner les règles, ce qui permet notamment de soustraire certaines entités de l'entreprise unitaire à identifier. L'EMN possède une exclusivité, difficilement ébranlable, sur l'ensemble de l'information pertinente à ses activités commerciales. Elle exploite cette asymétrie de l'information inhérente à la fiscalité avec succès. La complexité des organigrammes corporatifs et la difficulté à bien cerner les activités de l'EMN, à identifier l'intégration économique des entités, rendent le processus de vérification fiscale rapidement pénible, incertain et laborieux pour les États adhérents. Cela est fort semblable à la situation vécue par les États dans le système actuel fondé sur le principe de pleine concurrence.

Alors que le système actuel de fiscalité internationale préconise qu'une entité donnée de l'EMN doit fournir une analyse fonctionnelle relativement détaillée à l'État domestique au sujet de ses transactions contrôlées, dans un système alternatif de taxation unitaire, chaque État adhérent doit maintenant acquérir une compréhension des opérations commerciales de chacune des entités de l'EMN et non plus uniquement sur celles participant à une transaction contrôlée précise sur son territoire. Nous avons remarqué que le problème de l'asymétrie de l'information demeure tout entier, pour ne pas dire intensifié, lorsque considéré du point de vue de l'État. Rien ne vient donc empêcher l'EMN d'exploiter à son avantage divers éléments relativement à l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité et d'exercer de la sorte son pouvoir procédural avec succès dans sa relation avec les États adhérents. De plus, en taxation unitaire, aussitôt qu'une entité est localisée à l'extérieur de l'entreprise unitaire, le déplacement du profit est possible à l'aide de

transactions contrôlées avec celle-ci. Le comportement de défection n'est dès lors guère perturbé.

Qui plus est, dans la mesure où un litige sur l'inclusion d'une entité à l'entreprise unitaire serait éventuellement entendu par un tribunal, nous avons constaté que l'EMN et les États adhérents devront faire la démonstration probante de la pertinence d'inclure ou non celle-ci à l'entreprise unitaire. À l'image de la jurisprudence exposée dans l'application du principe de pleine concurrence et sur l'évitement fiscal, le fardeau de la preuve va peser principalement sur les épaules des États adhérents qui devront montrer en quoi les affaires commerciales de l'EMN, telles qu'elles sont présentées, ne reflètent pas la réalité économique de cette dernière. L'EMN peut donc exercer son pouvoir procédural avec de fortes probabilités de succès.

Lors du calcul du profit comptable consolidé, nous avons observé que de nombreuses manœuvres comptables sont possibles à l'EMN. Le processus de consolidation comptable, a priori mécanique, est en fait extrêmement intense en besoin d'informations financières et commerciales et ce, à l'image de ce que nous avons décrit lors du processus de recherche d'entités comparables pour l'application du principe de pleine concurrence. L'État, tout comme l'EMN, fait de la sorte face à des difficultés d'application comparables et semblables dans un système comme l'autre.

D'un côté, lors de l'application du principe de pleine concurrence, la recherche d'entités comparables oblige à la quantification de nombreux critères afin d'en arriver à une sélection finale de ces entités. Dans le cadre de leur usage respectif, ces critères, d'abord objectifs, exigent un degré relativement élevé de précision afin de se prémunir contre les erreurs statistiques de type 1 et de type 2.³ Ces critères sont également sujets à des manœuvres comptables et fiscales par l'EMN.

³ On se souviendra qu'en prix de transfert l'erreur de type 1 consiste à identifier une entité corporative, apparemment comparable, alors qu'elle ne l'est pas réellement tandis que l'erreur de type 2 se manifeste lorsqu'une entité, effectivement comparable, n'est pas sélectionnée dans l'échantillon.

De l'autre côté, lors de la consolidation comptable du profit en taxation unitaire, il est nécessaire d'ordonnancer les postes comptables semblables de la société mère et de ses filiales. Cet exercice exige forcément que ces postes comptables soient clairement identifiés ou identifiables et convenablement quantifiés ou quantifiables pour que les administrations fiscales soient en mesure d'en confirmer la validité. Cet exercice est évidemment sujet à diverses erreurs d'interprétation comptable. Il contient de plus des opportunités de manœuvres comptables par le contribuable. Celles-ci seront par ailleurs amplifiées lorsque l'EMN détient au moins une entité à l'extérieur de l'entreprise unitaire puisque les transactions contrôlées, alors existantes avec cette dernière, ne peuvent pas être éliminées tel que le prescrivent pourtant les normes comptables relatives à la consolidation du profit.

Les États adhérents doivent par conséquent attester de l'exactitude de ce calcul sans quoi l'application de la taxation unitaire offrira au mieux des résultats mitigés, tout comme ce que l'on reproche actuellement au système fondé sur le principe de pleine concurrence. Certes, les spécificités du problème de l'asymétrie de l'information inhérente à la fiscalité internationale diffèrent mais la finalité demeure la même : l'EMN peut exploiter cette stratégie, faisant partie de son pouvoir procédural, avec succès, autant dans le contexte de sa relation avec les États adhérents que par l'adoption d'un comportement de défection venant la renforcer. En cas de mésentente administrative, les États adhérents se retrouvent, à l'instar de ce qui a été exposé relativement au principe de pleine concurrence mais également dans le cas de la détermination de l'entreprise unitaire, dans une situation où les exigences administratives du fardeau de la preuve seront difficiles à rencontrer afin de justifier des changements aux calculs effectués par l'EMN.

De fait, dans la mesure où un litige sur le calcul du profit consolidé d'une entreprise unitaire serait éventuellement entendu par un tribunal, tant l'EMN que les États adhérents devraient faire la démonstration de la pertinence de leur calcul respectif. Encore une fois, à l'image de la jurisprudence présentée, le fardeau de la

preuve, dorénavant juridique, va peser principalement sur les épaules des États adhérents qui devront montrer en quoi le calcul de l'EMN ne reflète pas la réalité économique de cette dernière.

Dans le cas de la formule de partage de profits, l'analyse nous a permis de constater que les facteurs des ventes, des salaires et des actifs sont propices à de multiples manœuvres comptables et fiscales par l'EMN bien souvent semblables à celles rencontrées relativement aux cinq facteurs de comparabilité et à l'application d'une méthode de prix de transfert dans le système actuel fondé sur le principe de pleine concurrence. De la sorte, dans sa relation plus ou moins formelle avec les États adhérent à la taxation unitaire, l'EMN pourra assurément présenter ses activités commerciales de manière à minimiser les impacts fiscaux éventuels de l'application d'une formule de partage de profits; nous l'avons illustré à plusieurs reprises. Le problème de l'asymétrie de l'information inhérente à la fiscalité avec lequel les États adhérent à la taxation unitaire devront collectivement composer sera dès lors très semblable à celui avec lequel ils doivent individuellement négocier dans le système actuel face à l'EMN.

Pour ce qui est du facteur des ventes spécifiquement, la question du point d'origine ou de la destination finale des ventes, le problème des ventes orphelines et la détermination du traitement qui sera accordé aux ventes électroniques requièrent des États adhérents l'acquisition d'une compréhension des affaires commerciales de l'EMN qui n'est pas moins significative que celle associée aux cinq facteurs de comparabilité.

Dans le cas où on utiliserait l'approche du point d'origine des ventes, nous avons constaté que l'EMN va localiser l'ensemble de ses facteurs de production dans les pays à faibles taux d'imposition statutaires. Cet arbitrage, en termes de localisation géographique des facteurs de production, équivaut à influencer la provenance géographique des coûts engagés par l'EMN. Cette démarche s'apparente aux manœuvres comptables, dans le système actuel, portant sur les coûts engagés aux fins

de l'application d'une méthode fondée sur une marge bénéficiaire : l'allocation possible des coûts aux diverses entités participant à une transaction contrôlée, incluant les sociétés écran. Il en résulte que les procédés de déplacement des coûts demeurent disponibles en taxation unitaire lorsque le facteur des ventes est fondé sur le point d'origine. Dans sa relation avec les États adhérents, le pouvoir procédural de l'EMN peut donc être utilisé avec succès afin de diminuer la charge globale d'impôts à payer en influençant ce facteur.

Pour ce qui est de l'approche de la destination finale des ventes, elle est notamment soumise au problème des ventes orphelines pour la mise en œuvre de la formule de partage de profits. Dans un tel cas, il n'existe pas d'entité à laquelle pourrait être assignée la partie du profit consolidé relativement à certaines ventes; il n'y a pas de nexus. Nous avons illustré, à l'aide de quelques exemples, divers procédés disponibles à l'EMN afin d'exploiter ce phénomène.

Dans certains cas, ces stratégies ressemblent à celles liées à l'utilisation de comparables internes pour l'application du principe de pleine concurrence alors que l'EMN attribue ses coûts de manière à déterminer une marge bénéficiaire précise. Dans d'autres cas, les ventes orphelines permettent à l'EMN d'exploiter des transactions contrôlées entre les entités situées dans les pays adhérents et celles dans les pays non alignés de sorte que les coûts de ces premières soient effectivement le plus élevés possible. Il s'agit ainsi d'une opportunité indirecte de gonflement des coûts dans le contexte de l'exploitation du phénomène des ventes orphelines. Étant donné que les entités des pays non alignés ne sont pas incluses à l'entreprise unitaire, ces transactions contrôlées permettent en finalité la planification fiscale à l'image de ce qui est possible dans le système actuel.

Dans le cas du facteur des salaires, nous avons d'abord observé que la mise en œuvre d'un système de taxation unitaire requerrait l'uniformisation du traitement fiscal accordé aux nombreux bénéfices imposables existants à travers l'ensemble des pays adhérents pour en arriver à une quantification unique de ce facteur. Sans quoi,

de nouvelles opportunités d'arbitrage, d'une nature autre que celles portant sur les taux d'imposition statutaires, seraient offertes à l'EMN afin d'influencer la partie du résultat de la formule de partage de profits émanant de ce facteur.

En effet, alors que l'action fiscale de l'EMN est assurément motivée par l'arbitrage entre les taux d'imposition statutaires, notamment lors de la détermination de l'entreprise unitaire ou de l'utilisation du facteur des ventes à la formule de partage de profits, elle le serait plutôt par les traitements fiscaux divergents qu'accordent les États adhérents aux bénéfices imposables associés au salaire d'un employé spécifique, dans le cas du facteur des salaires. À ce titre, les opportunités de manœuvres comptables et fiscales offertes dans un système de fiscalité internationale fondé sur la taxation unitaire ne se différencient donc guère de celles que nous avons longuement analysées dans le système actuel. De plus, il est possible de recourir à l'impartition et à la conversion d'employés en travailleurs autonomes ce qui vient de nouveau éroder la relation fiscale de l'EMN avec les États adhérents grâce à la création éventuelle de salaires orphelins.

Notre démarche analytique a également mis en lumière une faiblesse vraisemblablement fondamentale du facteur des salaires. Nous avons constaté que dans le contexte de la fiscalité internationale, ce facteur fait face à un problème de quantification très difficile à résoudre pour l'inclusion, dans une même formule de partage de profits, d'entités présentes sur le territoire de pays industrialisés et d'autres en développement.

Quant aux actifs, les problèmes associés à leur évaluation respective sont plus complexes qu'il n'y paraît. Dans tous les scénarios étudiés, les États adhérents doivent obtenir une compréhension approfondie du bien sur lequel porte l'évaluation. À l'instar de ce que nous avons exposé lors du processus de consolidation comptable, nous avons offert un aperçu des difficultés de ce type d'exercice lorsqu'il s'agit d'évaluer une usine, un parc d'équipements lourds ou tout autre genre d'immobilisations corporelles d'importance alors que les informations financières

nécessaires doivent d'abord être obtenues de l'EMN, encore et toujours en possession de l'avantage qu'est l'asymétrie de l'information inhérente en fiscalité, une des composantes de son pouvoir procédural en fiscalité internationale.

Nous avons présenté divers exemples de distorsions significatives en lien avec l'inclusion des actifs corporels et incorporels à la formule de partage de profits; par exemple, en regard des actifs corporels, le problème de la comparaison d'actifs neufs et d'actifs désuets et celui afférent aux impacts de la dépense pour l'amortissement sur le profit comptable et aux fins fiscales. Pour ce qui est des actifs incorporels, nous avons constaté que l'évaluation à la valeur marchande est chose impossible dans nombre de cas et, lorsque réussie, serait source de nombreux litiges administratifs et juridiques en taxation unitaire, tout comme c'est le cas dans le système actuel fondé sur le principe de pleine concurrence.

Quelques difficultés associées à l'utilisation alternative du coût historique ont également été présentées, notamment en ce qui a trait au mode de comptabilisation des actifs incorporels en phase de recherche, en phase de développement commercial ou encore déjà activement exploités commercialement. L'analyse nous a permis de conclure qu'il n'est pas possible d'ignorer les actifs incorporels en taxation unitaire en dépit des difficultés qu'ils engendrent aux États adhérents, difficultés, nous l'avons exposé, bien souvent semblables à celles vues dans le contexte du principe de pleine concurrence.

En somme, nous avons donc constaté dans les deux chapitres précédents, que les manœuvres comptables et fiscales relativement aux biens incorporels sont nombreuses, variées et aucunement entravées par la mise en place d'un système de taxation unitaire. D'un côté, dans le système de fiscalité internationale fondé sur le principe de pleine concurrence, lorsque l'EMN crée une société écran dans un paradis fiscal, l'un des objectifs poursuivis consiste à ce que les actifs générateurs de profit, et non pas uniquement les fonctions et les risques expliquant le profit, soient soustraits d'un taux d'imposition statutaire élevé.

D'un autre côté, dans le cas où le système de fiscalité internationale est plutôt conçu sur la taxation unitaire, la stratégie de défection à l'aide de sociétés écran trouve encore application avec succès. Le déplacement du nexus d'un actif, qu'il se fasse au sein de l'entreprise unitaire ou encore à l'extérieur de ses frontières géographiques, a pour effet d'influencer significativement le résultat obtenu à l'aide d'une formule de partage de profits. Il n'est tout simplement pas possible aux États adhérents de contrarier ce comportement de l'EMN.

L'ensemble de nos propos explique et illustre ainsi que la taxation unitaire est impuissante à résoudre l'inadéquation entre les objectifs poursuivis par l'État en matière de prix de transfert et les résultats obtenus, en termes de recettes fiscales, compte tenu des comportements de l'EMN.

5.3 Limites de la recherche

Quelques limites intrinsèques, pour ne pas dire conséquentes, à la méthode et au cadre analytique que nous avons adoptés méritent néanmoins d'être brièvement soulevées. Rappelons que nous avons apparenté la question de la détermination du prix de transfert d'une transaction contrôlée à l'étude d'une politique publique. Il en résulte tout d'abord, en taxation unitaire, que notre examen de l'exercice du pouvoir procédural de l'EMN pourrait être considéré, par certains, comme spéculatif plutôt que factuel. En effet, le système de la fiscalité internationale fondé sur la taxation unitaire n'existe pas. Cette lacune, si elle est effectivement palpable, ne vient pas, selon nous, diminuer la valeur de notre exposé. Elle est en fait une caractéristique intrinsèque de l'analyse comparative effectuée dans l'univers des politiques publiques, particulièrement lorsque celle-ci aspire à suggérer le changement, donc à étudier le « possible » et non plus simplement le « tangible ».

De plus, parce que notre analyse du comportement de l'EMN en fiscalité internationale s'appuie systématiquement sur la théorie acceptée de l'EMN, celle d'une entité qui internalise, et la jurisprudence pertinente en fiscalité internationale

canadienne, qui vient consacrer le droit à minimiser la charge d'impôts à payer, son exactitude pourrait difficilement être invalidée. En d'autres mots, nous voyons mal comment on pourrait soutenir que l'EMN adopterait des comportements autres que ceux de la maximisation de la richesse des actionnaires et, en conséquence, de minimisation de la charge globale d'impôts à payer dans un système de fiscalité internationale autre que celui fondé sur le principe de pleine concurrence. Ainsi, de la justesse de cette prémisse, peut émaner l'ensemble de l'analyse que nous avons exposée, analyse appuyée sur le concept du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale, et les conclusions qui en découlent relativement au comportement de l'EMN dans un système alternatif de fiscalité internationale, celui de la taxation unitaire.

Ensuite, nous avons adopté une démarche cohérente avec un processus d'analyse stratégique au lieu d'exhaustif, tel que le suggère Lindblom (1979). La sélectivité dont nous avons fait preuve tout au long de notre présentation est de la sorte propice à la critique. Ceci dit, cette sélectivité admise au sujet des composantes constitutives du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire ne diminue en rien la portée et la validité de nos conclusions. Pas plus que les exemples, la jurisprudence et les illustrations proposées lors de notre présentation ne viennent amoindrir la justesse de nos conclusions associées aux comportements de l'EMN en fiscalité internationale, que ce soit dans le système actuel ou dans un système alternatif de taxation unitaire. Au mieux, peut-on nous reprocher de ne pas avoir été suffisamment exhaustifs ou encore, a contrario, de l'avoir été davantage que ne le requérait le sujet.

Par ailleurs, on se rappellera les propos de Bellavance (1985) qui explique que l'analyse séquentielle d'une politique publique débute par un examen de l'émergence d'un problème qui mène éventuellement à l'élaboration, l'adoption, l'implantation, la gestion et l'évaluation d'une politique publique. Dans cette perspective, nous avons situé notre contribution à l'étape spécifique de l'évaluation de la politique de prix de transfert de l'État, une évaluation qualitative. Notre démarche portait par conséquent

sur la notion de « l'efficacité » de la politique de prix de transfert de l'État moderne démocratique, sur l'efficacité telle que l'a définie Bellavance (1985). Dans notre cas, notre exposé s'intéressait à une inefficacité traduite par l'existence d'une inadéquation entre les objectifs poursuivis par l'État et les résultats obtenus en termes de recettes fiscales.

Mais voilà, le lecteur pourrait être tenté de faire valoir que l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État naît plutôt d'une élaboration, d'une implantation ou d'une administration mal conçue ou imparfaite de la politique actuelle de prix de transfert par l'État, auquel cas l'analyse porterait évidemment sur d'autres avenues que les nôtres. Cette objection est valide et fondée. C'est dès lors avec le positionnement méthodologique précis que nous avons choisi que nos conclusions doivent être appréciées.

Enfin, fait notable, lors de notre exposé, nous nous sommes généralement limités à effectuer une analyse distinctive de chacun des éléments constitutifs du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire. De plus, nous avons habituellement présenté les stratégies associées au pouvoir procédural de l'EMN de façon individuelle en lien avec chacun de ces éléments constitutifs. La complexité qu'aurait engendrée une analyse multi variée aurait, selon nous, été superflue, peut-être même contre-productive, à la conduite de notre recherche avec succès.

Mais il importe de saisir que dans la pratique, c'est à l'ensemble des éléments constitutifs du principe de pleine concurrence, ou encore de la taxation unitaire, ainsi qu'à l'ensemble des stratégies d'exercice du pouvoir procédural auquel fera appel le contribuable, ceci de façon plus ou moins simultanée ou consécutive, selon les objectifs à atteindre. Par conséquent, il est vrai qu'une analyse de cet ordre aurait certainement mis encore plus en évidence la complexité et l'incommensurabilité avec lesquelles doivent composer les États en fiscalité internationale. Mais soucieux de simplifier et dynamiser la présentation d'un sujet qui pouvait facilement dégénérer vers l'emploi d'un jargon trop souvent obscur, voire ténébreux, et, qui plus est,

sombrer dans un usage excessif de la technique fiscale, nous avons délibérément ignoré ces stratégies multi variées de présentation, la plupart du temps.

Ces quelques limites exposées, située dans la méthode que nous avons adoptée, notre comparaison des éléments constitutifs du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire s'inscrivait essentiellement dans l'optique consistant à faire avancer les connaissances sur le sujet. Notre comparaison visait à expliquer et à illustrer l'impuissance de la taxation unitaire à remplacer avec succès le principe de pleine concurrence en fiscalité internationale. Cantonnée dans son cadre analytique, notre comparaison s'est appuyée sur le concept du pouvoir procédural de l'EMN en fiscalité internationale. Des résultats de notre comparaison, nous proposons pour conclure certaines généralisations et observations, selon nous susceptibles, si amenées à terme, d'améliorer l'action de l'État en regard de l'imposition des sociétés par actions, incluant l'EMN.

5.4 Généralisations possibles et réflexions suggérées

Malgré les quelques limites et lacunes conséquentes à nos choix de méthode et de cadre analytique, si nous devons résumer l'ensemble de notre exposé comparatif du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire en quelques mots, nous affirmerions sans aucune réserve que le remplacement du principe de pleine concurrence par la taxation unitaire n'éliminerait pas l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État en fiscalité internationale, précisément sur la question du prix de transfert, compte tenu, d'une part, des nombreuses ressemblances entre les deux systèmes et, d'autre part, des comportements disponibles à l'EMN.

Chaque système offre un nombre impressionnant de possibilités de manœuvres comptables et fiscales portant sur les éléments constitutifs. À ces manœuvres, viennent s'ajouter les problèmes des ventes orphelines, des salaires orphelins et des immobilisations incorporelles orphelines, tous trois spécifiques à la taxation unitaire,

qui auraient pour conséquence d'exacerber les difficultés d'administration du nouveau régime fiscal pour les États adhérents. Notre thèse maintenant soutenue, en conclusion, nous proposons quelques réflexions au lecteur pour la résolution éventuelle de cette inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État en fiscalité internationale.

En l'absence de lois fiscales, nul besoin pour l'EMN de tenter d'en contourner les conséquences et d'en minimiser les impacts financiers sur ses activités commerciales. Nous l'avons exposé en long et en large, le comportement de l'EMN, un comportement déviant lorsque considéré du point de vue de l'État, naît et se développe en réponse aux lois fiscales mises en place. Mais il va de soi, en réponse à cet état de fait, qu'abolir l'impôt serait ridicule; « avec l'impôt, la civilisation, nous achetons », dit le vieil adage.⁴ L'impôt, comme la mort, est de ce fait là pour rester; il reflète une réalité inévitable de la vie en société démocratique.

Ce quasi-truisme exprimé, en fiscalité domestique, l'objectif de l'EMN, énoncé à maintes reprises, consiste à minimiser la charge d'impôts à payer. En fiscalité internationale, une fiscalité où interviennent au moins deux États, donc deux systèmes de fiscalité domestique distincts, l'EMN dispose d'une opportunité générale pour arriver au moins partiellement à ses fins : l'arbitrage entre les systèmes fiscaux domestiques. C'est ainsi grâce à l'existence de divers types d'arbitrage que s'exerce en partie le pouvoir procédural de l'EMN. Tout au long de la thèse, nous avons observé des possibilités d'arbitrage portant notamment sur les taux d'imposition statutaires, le traitement fiscal accordé à certains types de revenus, celui prescrit pour diverses dépenses, etc.

⁴ Plus spécifiquement, on accorde à Oliver Wendell Holmes jr., juge à la Cour suprême américaine, la citation suivante : « Les impôts sont le prix à payer pour une société civilisée », citation également reproduite sur l'immeuble abritant le IRS à Washington (McNair, David, 2010, « Un nouveau contrat social? », *L'Observateur de l'OCDE*, No. 276-277, décembre 2009-janvier 2010, disponible en ligne : http://www.observateurocde.org/news/printpage.php/aid/2624/Un_nouveau_contrat_social_.html; consulté le 6 décembre 2013).

Dès lors, la solution à cette inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État en fiscalité internationale, pour autant qu'elle existe, doit riposter à ces manœuvres d'arbitrage portant sur les taux d'imposition statutaires et autres composantes des régimes fiscaux domestiques, manœuvres auxquelles s'affaire activement l'EMN dans l'organisation de ses activités commerciales. Ce phénomène d'arbitrage est, selon nous, mal compris et fort négligé, en fiscalité internationale. Il met pourtant en relief une opportunité exceptionnelle pour les États d'enfin revoir leur mode de taxation des sociétés par actions.

La possibilité d'une intégration internationale en fiscalité

Une première option, afin de contrer les comportements d'arbitrage de l'EMN, pourrait donc résider dans la mise en place d'une véritable unification internationale en fiscalité, en une coopération internationale significativement accrue de la part des États souverains, seuls détenteurs de l'autorité en matière de fiscalité, tel que nous l'avons analysé au deuxième chapitre. Cela dépasse bien sûr largement la mise en œuvre d'une taxation unitaire, mode d'imposition exclusif à la fiscalité internationale d'une EMN. Une unification internationale en fiscalité devrait, en finalité, mener à une coordination relativement élevée, sinon à une standardisation, des régimes fiscaux domestiques de chaque État, donc à une convergence des lois fiscales et de la jurisprudence qui en résulte, éliminant de la sorte de nombreuses possibilités d'arbitrage fiscal, sinon la totalité.

Comme l'écrivent Deblock et Rioux (2008) : « [t]out devrait pousser les États à coopérer davantage entre eux et à établir des règles communes. » (p. 3). Mais, ils ajoutent, suite à leur analyse :

« [c]'est oublier l'égoïsme des nations, l'orgueil des gouvernants et l'individualisme des comportements qui n'incitent ni à la coopération spontanée, ni à l'action collective, sauf dans l'urgence et la nécessité. En fait, tout ce que l'on a dit plus haut tend à démontrer que nous ne sommes pas en train de monter les marches de la coopération, mais plutôt de les descendre ! » (p. 41).

Les auteurs d'en conclure ainsi qu'il « faudra bien un jour ou l'autre sortir l'impôt du cadre national dans lequel il est confiné. » (p. 47). Cette vision de la fiscalité, repositionner « l'impôt » dans un cadre international plutôt que national, s'inscrit toutefois à l'encontre du système westphalien existant.⁵ Cette vision alternative de la fiscalité remet en question le principe de la souveraineté territoriale absolue de l'État-nation en fiscalité. Aussi souhaitable qu'elle puisse paraître au plan théorique, celle-ci nous semble quelque peu irréaliste. Elle impliquerait notamment la mise en commun, sur un même « marché de l'imposition », d'États industrialisés et de pays en développement. Est-ce là une option réaliste? Nous ne le croyons pas.

Notre analyse comparative du principe de pleine concurrence et de la taxation unitaire, pour peu qu'elle puisse mener à certaines observations généralisables à l'ensemble de la fiscalité, tend à distinctement établir l'impossibilité des États à conjuguer, en un même temps, les exigences des pays industrialisés, des pays en développement et celles des paradis fiscaux. En premier lieu, l'exemple de l'inclusion des salaires à la formule de partage de profits en taxation unitaire aura suffi à illustrer les incommensurables difficultés qu'occasionnerait une telle initiative; on se souviendra de notre mise en comparaison des salaires moyens dans le secteur du textile. Plus près de nous, les querelles incessantes, bien que courtoises, entre les gouvernements québécois et canadien sur une multitude de sujets, parfois d'importance – nous pensons au pont Champlain au moment d'écrire ces lignes – parfois triviales, illustrent également ces complications, de nature économique et financière, à fusionner en un tout cohérent des intérêts divergents.

Ensuite, nous avons observé que cette prémisse, relative à la renonciation d'au moins une partie de la souveraineté territoriale en fiscalité, essentielle à la mise en

⁵ Il nous semble de nouveau approprié d'en rappeler les deux principes fondamentaux : « la souveraineté externe (*rex est imperator in regno suo* : aucun État ne reconnaît d'autorité au-dessus de lui et tout État reconnaît tout autre État comme son égal) et [...] la souveraineté interne (*cujus regio, ejus religio* : tout État dispose de l'autorité exclusive sur son territoire et la population qui s'y trouve et aucun État ne s'immisce dans les affaires internes d'un autre État). » (Battistella 2006, p. 22).

œuvre de la taxation unitaire, est questionnée par nombres d'auteurs doutant de sa faisabilité au plan politique.⁶ À ce jour, les pays membres de l'OCDE s'y opposent catégoriquement : « [l]e passage à un système de répartition globale selon une formule préétablie serait donc extrêmement complexe sur le plan politique et administratif. Il nécessiterait un degré de coopération internationale qu'il n'est pas réaliste d'escompter dans le domaine de la fiscalité internationale. »⁷ C'est ainsi dire que « sortir l'impôt du cadre national dans lequel il est confiné », pour reprendre les propos de Deblock et Rioux (2008), n'est vraisemblablement pas réalisable ni, selon nous, désirable.

En effet, notre analyse comparative confirme que le repositionnement de l'impôt dans un cadre international au lieu de national –c'est ce dont il s'agit lorsque la logique de la taxation unitaire est amenée jusqu'au bout– condamnerait les États à vivre les mêmes échecs et des frustrations semblables à celles vécues dans le système actuel caractérisé par le bilatéralisme fiscal, par le réseau des conventions fiscales bilatérales, ceci à cause de l'existence du pouvoir procédural de l'EMN. Dans un système démocratique de fiscalité internationale, fondé sur le principe d'autocotisation, que celui-ci soit composé de systèmes nationaux ou d'un seul système uniforme international, il est impossible de combattre l'existence de l'asymétrie de l'information à l'avantage du contribuable. En d'autres mots, notre analyse comparative illustre, quand bien même l'obstacle de la souveraineté

⁶ Nous avons alors souligné que McIntyre (1992) suggère : « A formulary apportionment system cannot work at the national level unless the major governments of the world can agree on the appropriate apportionment formula or formulas. Getting such agreement is obviously a political problem as well as a technical problem. » (p. 6). Cockfield (2004) exprime également cette opinion : « [...] the system would intrude to an unacceptable extent on a nation's tax sovereignty: countries would need to reach agreement on a set of common rules at the supranational level that would determine how much revenue each state would collect from cross-border transactions. By doing so, each state would have to cede fiscal sovereignty with respect to aspects of its international income tax laws. » (p. 119). Enfin, Picciotto (1992) énonce : « [u]nitary taxation is generally seen to be unrealistic on a global scale, because it presupposes agreement on a common tax base and a common formula for allocating the profits. » (p. 65).

⁷ Voir aussi à cet effet, la partie C du chapitre 1 des Principes de l'OCDE, en particulier les paragraphes 1.22 et 1.23.

territoriale serait levé, que l'arbitrage d'éléments fiscaux, voire comptables, demeurerait possible à l'EMN.⁸ En présence de l'impôt des sociétés par actions, des pans entiers du pouvoir procédural de l'EMN sont, de la sorte, inéluctables. À quoi bon alors investir des décennies pour remplacer un système par un autre?⁹

Éliminer l'impôt des entités corporatives

Cela nous amène à une deuxième réflexion qui, à sa face même, pourra sembler farfelue : conserver l'impôt, certes, mais éliminer tout bonnement l'impôt sur le revenu des sociétés par actions. En effet, en l'absence de cet impôt, il ne serait plus nécessaire de contrer les comportements d'arbitrage fiscal de l'EMN. Réfléchissons-y quelques instants : la société par actions paie-t-elle effectivement l'impôt sur le revenu que lui assigne la loi fiscale? Pour les économistes, cette question, controversée sur la place publique, n'est pas nouvelle. Depuis la publication de Wells (1955) et Musgrave (1959), le débat moderne sur la théorie de l'incidence fiscale perdure.¹⁰ Dès les années 1960, Krzyzaniak (1967) et Spencer (1969) proposent des modèles économétriques de mesure du fardeau fiscal afin de mesurer l'importance du

⁸ Le cas de la localisation géographique des ventes (en taxation unitaire, les approches fondées sur le point d'origine ou de la destination finale) ainsi que le problème de la localisation des immobilisations incorporelles suffisent à comprendre que même en présence d'un système de fiscalité internationale unique, l'EMN a encore à sa disposition des instruments permettant d'effectuer des arbitrages de divers ordres en fiscalité.

⁹ À cet effet, nous avons observé au troisième chapitre qu'il aura fallu près d'un demi-siècle aux États pour la mise en place du système actuel de fiscalité internationale.

¹⁰ Nous précisons débat « moderne » dans la mesure où la théorie de l'incidence fiscale, sous une forme ou une autre, se retrouve dans les écrits des physiocrates Quesnay et Turgot, chez Adam Smith, Ricardo et la plupart des autres grands économistes des XVIII^e et XIX^e siècles. En fiscalité contemporaine, Musgrave (1959) accorde la paternité du concept à l'économiste américain Edwin R. Seligman qui, le premier dans l'ouvrage *The Shifting and Incidence of Taxation*, paru en 1921, définit ainsi la notion de « l'incidence » fiscale : « the settlement of the tax burden on the ultimate taxpayer » (Seligman 1921, p. 1, in Musgrave 1959, p. 227; note de bas de page #1). Dans son exposé, Musgrave (1959) distingue le concept de l'incidence de celui du transfert du fardeau de l'impôt et des taxes. Précisons que de nos jours, on entend par incidence fiscale ce que l'auteur qualifiait alors de « transfert » (shifting, en anglais) : « The term *shifting*, in the conventional usage, refers to the process by which the direct money burden is pushed along through price adjustments, from the point of impact (where the statutory liability is imposed) to the final "resting" place. » (p. 230; *italiques dans le texte*).

phénomène. En termes simples, il s'agit alors d'identifier qui paie vraiment, dans la société civile, les taxes et les impôts statutaires, ceux prévus par la loi. Ces travaux fondateurs mettent en évidence l'existence d'une « incidence économique » des impôts et des taxes, suggérant que les taxes et les impôts statutaires ne sont pas forcément acquittés par les contribuables assujettis aux diverses lois fiscales.¹¹ Plus près de nous, diverses études ponctuelles sont conduites, confirmant l'existence de ce phénomène dans divers contextes, pour divers impôts et taxes.¹²

Dans le cas des sociétés par actions, tous les économistes, qu'ils se réclament de gauche ou de droite, d'appartenance néo-libérale, néo-keynésienne, marxiste ou de l'École autrichienne, s'entendent aujourd'hui pour dire que celles-ci ne paient, dans les faits, ni taxes, ni impôts.¹³

¹¹ Pour un exposé théorique détaillé sur la question de l'incidence fiscale, voir Musgrave et Musgrave (1973/1984), chapitres 12 et 13, dans lesquels les principales taxes et l'impôt sur le revenu font l'objet d'une analyse économique poussée.

¹² Une recension détaillée de ces études dépasse largement l'objet de notre conclusion. Limitons-nous ainsi à quelques exemples illustrant la variété des contributions sur le sujet. Pour plus de détails, le lecteur pourra consulter les références incluses à ces publications. Davies (1992) fait une comparaison du phénomène entre le Canada et les États-Unis; Schaafsma (1992) constate que les dentistes canadiens transfèrent leur fardeau fiscal vers leurs clientèles avec succès; Kesselman et Cheung (2004) examinent le lien entre l'incidence fiscale et l'inégalité du revenu au Canada; Entin (2004) analyse les impacts de l'élasticité de l'offre et de la demande dans les possibilités de transfert du fardeau fiscal. La Chambre de commerce du Canada suggère : « [s]elon une étude de l'Université d'Oxford, une hausse de 1 \$ de l'impôt des sociétés tend à réduire le salaire moyen réel de 92 cents.¹⁴ » (La Chambre de commerce du Canada, 2010, « Adopter un régime fiscale [sic.] axée [sic.] sur la croissance », *Énoncé de politique*, Avril 2010; la note #14 à la citation fait référence à Arulampalam, Wiji, Michael P. Devereux et Giorgia Maffini, 2009, « The Direct Incidence of Corporate Income Tax on Wages », *Working Paper No. 0707*, Oxford University Centre for Business Taxation, 3 avril 2010).

¹³ Entin (2004) relate ainsi ce fait désormais reconnu en science économique : « No competent student of taxation believes that corporations pay the corporate income tax. Only people pay taxes. Things and abstractions do not pay taxes. A corporation is, in law, a legal person, but that is, in fact, a legal fiction. Therefore, corporations do not really pay the corporate income tax. Conservative Nobel Prize-winning economist Milton Friedman is well known for espousing that view, but liberal economists share it as well. The liberal Nobel economist Wassily Leontief told The New York Times 20 years ago:

Corporate income taxes fall ultimately on people. Economists have tried but have never succeeded in finding out how the weight of these taxes is ultimately distributed among income groups. There can be little doubt that elimination of corporate income taxes would simplify our tax system and limit its abuse.³⁵ » [la note #35 fait référence à « Wassily Leontief, "What It Takes

Dans la pratique, le fardeau fiscal d'une société par actions, un contribuable aux yeux de la loi, pourra, selon les circonstances, être transféré vers les employés, les clients ou les actionnaires. Autrement dit, ce sont en finalité des hommes et des femmes qui paient l'impôt et les taxes dans un État.¹⁴ Cette réalité reflète le courant de pensée de « l'intégration » fiscale en matière de taxation, courant dans lequel, en théorie, l'ensemble du fardeau fiscal sera éventuellement supporté par les particuliers.¹⁵ Notons que celui-ci s'oppose au courant de pensée alternatif relativement à l'impôt des sociétés : la vision « absolutiste », dont les fondements théoriques sont décidément erronés.¹⁶

to Preserve Social Equity: Amid Dynamic Free Enterprise," *The New York Times*, February 1, 1985, p. A29. »]

¹⁴ Des notions telles que « taxe sur le capital » et « impôt des sociétés par actions » n'ont de sens que dans leurs définitions juridiques ou fiscales. Comme le suggère l'économiste Leontief, déjà cité, ce sont les propriétaires ou ceux sur lesquels sera éventuellement transférée la charge fiscale qui l'acquitteront.

¹⁵ Musgrave et Musgrave (1973/1984) expliquent : « Those who take the integrationist position view the problem of taxation at the corporate level merely as a way of including all corporate-source income in the individual income tax base. Their basic proposition is that, in the end, all taxes must be borne by people, and that the concept of equitable taxation can be applied to people only. Moreover, they hold that income should be taxed as a whole under a global income concept, independently of its source. [...] The integrationist's position can be brought out most clearly by asking this question: What would be your view of on corporate taxation if in fact corporations made it a practice to distribute all profits as dividends and to retain no earnings? The integrationist would answer that, in this case, no corporation tax would be called for. » (p. 386-87).

¹⁶ Musgrave et Musgrave (1973/1984) expliquent : « Those who take an opposing position [the absolutist view] believe that the integrationist approach rests on an unrealistic view of the corporation. The large, widely held corporation—which accounts for the great bulk of corporation tax revenue—is not a mere conduit for personal income. It is a legal entity with an existence of its own, a powerful factor in economic and social decision making, operated by a professional management subject to little control by the individual shareholder. From this it is concluded that, being a separate entity, the corporation also has a separate taxable capacity which is properly subject to a separate and absolute tax. » (p. 387). Bien que cette vision soit intéressante dans la perspective de la science politique, elle est totalement irréconciliable avec la réalité économique de l'incidence fiscale. Pourtant, elle s'avère prédominante dans le discours populiste auquel même l'OCDE participe parfois; voir à cet effet : Radio-Canada, 2013, « Les entreprises doivent payer leur juste part, dit l'OCDE » 12 février 2013, <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/Economie/2013/02/12/008-ocde-transfert-benefices.shtml> (consulté le 6 décembre 2013). L'expertise économique de l'OCDE en matière de fiscalité étant certaine, erreur de bonne foi ou hypocrisie? La question se pose assurément.

Au plan politique, au Canada, dès les années 1960, la justesse du courant de pensée de l'intégration fiscale a été reconnue par la *Commission royale d'enquête sur la fiscalité* (la Commission Carter) :

« Le fait qu'on perçoive l'impôt sur le revenu des sociétés, des fiducies et des coopératives, ne signifie pas que ces organismes supportent le fardeau de l'impôt. En fin de compte, le fardeau de l'impôt de ces organismes correspond à la réduction relative du pouvoir d'achat des contribuables. Cette réduction peut prendre la forme d'une diminution des prix payés aux personnes qui vendent des biens et des services à l'organisme, d'une augmentation des prix pour ceux qui achètent des biens et des services de l'organisme, d'une réduction des revenus pour ceux qui détiennent une participation dans ce même organisme, ou d'une réduction du prix de vente reçu pour les titres de participation par ceux qui en disposent. »¹⁷

Dans un État donné, la société par actions est effectivement à même de transférer son fardeau fiscal, d'une part, sur ses clients mais ce, uniquement dans la mesure où ce transfert n'a pas pour effet de rendre les prix de ses produits ou services moins compétitifs face à ses concurrents locaux ou face à des produits ou services substitués. D'autre part, la société par actions peut transférer une partie de son fardeau fiscal sur ses employés mais ce, seulement dans la mesure où les salaires plus faibles ainsi payés ne font pas en sorte de nuire à la rétention de la main-d'œuvre.¹⁸ Par conséquent, parce que les possibilités de transfert du fardeau fiscal sur les employés et les clients demeurent habituellement limitées, les actionnaires de la société par actions pourraient aussi devoir supporter une partie de ce fardeau fiscal légalement assigné à la société par actions par la loi.

De la sorte, dans le cas spécifique de l'EMN, la réorganisation des activités commerciales, ce qui inclut l'usage de sociétés écran et de sociétés relais dans les paradis fiscaux, permet d'éliminer ce fardeau fiscal devant être supporté par les actionnaires. Au cours de notre exposé, nous avons observé, à plusieurs reprises, que

¹⁷ Commission Carter, Volume 4, Chapitre 19, p. 3.

¹⁸ Au fil du temps, cette préoccupation spécifique perd cependant de son importance dans les économies industrialisées où les taux d'activité de la population sont de plus en plus faibles.

l'EMN est en mesure, tant lors de l'application du principe de pleine concurrence que d'une éventuelle taxation unitaire, de diminuer significativement sa charge globale d'impôts à payer de cette façon. Notre analyse comparative est sans équivoque à cet effet. Dans un bref communiqué, daté du 12 février 2013, l'OCDE se risque à suggérer une ampleur au phénomène dans le système actuel :

« Une étude de l'OCDE mandatée par le G20 – Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices – constate que certaines multinationales utilisent des stratégies qui leur permettent de ne payer que 5 % d'impôts sur les bénéfices, alors que des entreprises plus petites en acquittent jusqu'à 30 %. » (OCDE 2013b).¹⁹

Pour un État spécifique, à l'endroit d'un contribuable corporatif précis, cela se traduit par un manque à gagner direct et définitif en recettes fiscales. Les effets pervers ne s'arrêtent cependant pas là. L'utilisation des stratégies de défection a également d'autres conséquences, cette fois indirectes, mais tout aussi pernicieuses. Ces stratégies permettent à l'EMN de réduire l'importance du transfert du fardeau fiscal vers ses employés et ses clients, améliorant du même coup sa propre compétitivité.

Du point de vue de l'EMN, elle bénéficie ainsi d'avantages concurrentiels et fiscaux effectifs comparativement à tous les autres types d'entreprises; la majorité des entreprises, n'ayant pas recours aux paradis fiscaux, qui sont présentes sur un même territoire. Quant aux employés de cette EMN, ils supportent de la sorte un fardeau fiscal effectif moindre que les particuliers œuvrant au sein d'entreprises n'ayant pas recours aux paradis fiscaux. Dans la même veine, les clients d'entreprises locales supportent ainsi vraisemblablement une part plus importante du fardeau fiscal de l'entreprise comparativement aux clients d'une EMN utilisant les paradis fiscaux. À

¹⁹ Ces résultats sont en fait cohérents avec les études de cas produites aux États-Unis en 2010; voir le document déjà cité: IRS, Joint Committee on Taxation, 2010, *Present Law and Background Related to Possible Income Shifting and Transfer Pricing* (JCX-37-10).

plusieurs égards, l'équité du régime fiscal s'en trouve par conséquent sérieusement compromise.

Revoir les règles d'imposition

Aussi irréaliste ou insolite que puissent sembler la mise en place d'une véritable coopération internationale ou l'élimination de l'impôt sur le revenu des sociétés par actions, ces deux options contiennent néanmoins des éléments, selon nous, susceptibles de conduire au design et à la mise en œuvre d'un nouveau système d'imposition. À défaut de faire contrepoids, avec succès, au pouvoir procédural de l'EMN, peut-être l'État doit-il revoir son mode d'imposition des sociétés par actions afin d'amoindrir les impacts négatifs des comportements d'arbitrage de l'EMN.

Le problème fondamental que révèle la soutenance de la thèse pourrait se généraliser comme suit : le régime d'imposition statutaire des sociétés par actions actuellement en place ne reflète pas le régime d'imposition effectif des sociétés par actions. En d'autres mots, le régime fiscal actuel visant l'intégration entre l'imposition des sociétés par actions et l'imposition des particuliers ne fonctionne pas. Nous avons observé nombre de ratés de ce régime dans le contexte de la fiscalité internationale, spécifiquement en lien avec le prix de transfert. Dit simplement, en l'absence d'une adéquation effective du régime d'imposition statutaire des sociétés par actions et du régime d'imposition effective, pas étonnant que soient constatées des inadéquations entre les objectifs poursuivis par l'État et les résultats obtenus.²⁰

Inspirée de la théorie de l'incidence fiscale, une autre option générale consiste dès lors à s'interroger sur les modalités menant à une modification en profondeur de

²⁰ Un exposé des ratés propres à la dimension domestique du régime fiscal canadien dépasserait évidemment l'objet de notre conclusion. Elles sont très nombreuses, complexes et variées. Selon les circonstances et les conditions spécifiques à un contribuable donné, mentionnons néanmoins que le régime en place favorise, au plan pratique, l'accumulation de profits d'entreprise, de dividendes ou de revenus d'intérêt à l'intérieur d'une société par actions, plutôt que d'une autre façon incluant la réception directe de ces sommes, que ce soit à titre de travailleur autonome ou d'investisseur.

la fiscalité corporative de sorte que le fardeau fiscal soit pleinement soutenu, au plan légal, par ceux qui l'acquittent déjà dans les faits. Ce n'est évidemment pas en conclusion de notre thèse que le design et la présentation des nuances de ce nouveau système est envisageable. Nous nous limiterons donc à énoncer quelques réflexions sur le sujet.

À notre avis, obtenir l'adéquation entre l'imposition statutaire et l'imposition effective des sociétés par actions ne consiste pas en une nouvelle série de modifications de la loi fiscale. En effet, d'un pamphlet tenant sur quelques dizaines de pages en 1917, la *Loi de l'impôt sur le revenu* canadienne actuelle contient maintenant des milliers de provisions spécifiques dont plus de 80 % s'adressent directement aux sociétés par actions.²¹ Ce n'est donc pas dans le raffinement perpétuel de ces provisions que se trouve la solution à l'inadéquation des objectifs poursuivis et des résultats obtenus par l'État.²²

C'est d'abord une diminution significative et, finalement effective, des divers taux d'imposition statutaires des sociétés par actions qui serait souhaitable. Certains détracteurs pourraient néanmoins suggérer que le taux d'imposition statutaire des sociétés par actions, relativement aux profits tirés d'une entreprise, est déjà passé, au niveau fédéral, de 50 % dans les années 1970 à environ 15 % en 2013. Toutefois, ce serait ignorer que s'ajoutent à cet impôt sur le revenu, diverses cotisations sociales (assurance-emploi et régime d'assurance parentale au Québec, régime des rentes du

²¹ L'humour étant parfois source d'une vérité trop souvent ignorée, l'édition de la LIR produite par Carswell, déjà citée à quelques reprises, pèse plus de 3 kilos, se compose de plus de 2 000 pages à interlignes simples, dont le caractère *Times New Roman* ne dépasse guère 9 points de taille, dans le meilleur des cas, les annotations étant habituellement présentées sous le même format mais en taille de 6 ou 7 points.

²² Un bref examen des diverses réformes fiscales effectuées au fil des décennies au Canada illustre l'incapacité du législateur à résoudre les problèmes que génère chacune des réformes « précédentes ». Chaque réforme amène en effet son lot de nouvelles complications et d'opportunités renouvelées de planifications fiscales pour le contribuable « entreprenant » et, il faut le dire, ayant les ressources pour le faire. La réforme fiscale de 1972, découlant des travaux de la Commission Carter, déjà citée, et celle de 1988 sont éloquentes à cet effet. Pour une introduction à cette dernière, voir Lefebvre et Mayer (1991).

Québec ou de pension du Canada, commission de la santé et de la sécurité, normes du travail, formation de la main-d'œuvre, etc.). Bref, la motivation à l'arbitrage des taux d'imposition statutaires est encore et toujours élevée pour la société par actions.

Il va de soi que réduire significativement les taux d'imposition statutaires des sociétés par actions devrait se compléter de l'élimination de divers programmes de subventions aux entreprises qui caractérisent actuellement le régime fiscal, ce que l'on nomme le « corporate welfare ». ²³ Cette réduction des taux d'imposition statutaires des sociétés par actions devrait de plus s'accompagner d'une quantité, selon nous appréciable, de simplifications à la LIR. ²⁴

Une autre option, plus radicale, est également possible. Dans les années 1960, la Commission Carter écrivait :

« La meilleure façon d'obtenir l'équité ou l'impartialité consisterait en l'adoption d'un régime fiscal où il n'y aurait pas d'impôt sur les organismes en tant que tels, et où tous les particuliers et les familles ayant des droits dans des organismes seraient imposés sur les gains nets accrus provenant de ces droits sur la même base que sur tous les autres gains nets. » ²⁵

En d'autres mots, il s'agirait ainsi de rendre fiscalement transparentes certaines constructions légales, incluant les sociétés par actions, de sorte que l'impôt soit immédiatement payé par les propriétaires de celles-ci. En ce qui a trait au mode

²³ Pour une introduction canadienne sur ce sujet, voir Milke (2013) qui s'intéresse à la « générosité » d'Industrie Canada entre 1961 et 2012. Par ailleurs, la LIR contient également de nombreuses provisions susceptibles d'octroyer des avantages financiers importants aux sociétés par actions. Par exemple, on peut penser aux « activités de recherche scientifique et de développement expérimental » prévues à l'article 37 qui permettent une déduction spécifique dans le calcul du revenu net. Cette provision législative a occasionné une dépense fiscale estimée à 2,685 milliards de dollars en 2011 au palier fédéral (Ministère des Finances, 2012, *Dépenses fiscales et évaluations 2011*, p. 25).

²⁴ Pour une brève introduction sur la complexité du régime fiscal corporatif canadien, voir CGA-Canada, 2013, « La simplification du système fiscal : avantages et enjeux politiques dans le contexte canadien », *Rapport sur le Sommet sur la simplification fiscale de CGA-Canada tenu à Ottawa (Ontario)*, 4 décembre 2012. Pour un exemple technique précis de cette complexité, voir Pinto (2013); pour un aperçu des coûts qu'implique cette complexité pour les entreprises canadiennes, voir Charron, Chow et Halbesma (2008).

²⁵ Commission Carter, *op. cit.*, p. 4.

d'imposition des sociétés par actions, le modèle des fiducies de placement immobilier ou des sociétés de personnes pourrait être envisagé. Aux fins de l'impôt sur le revenu, les fiducies de placement immobilier et les sociétés de personnes sont des entités dites « transparentes ». Dans le cas des fiducies de placement immobilier, elles sont considérées comme « des fiducies qui sont exonérées de l'impôt applicable aux entités intermédiaires de placement déterminées. »²⁶ L'Autorité des marchés financiers du Québec précise :

« Les FPI ne paient pas d'impôt sur les bénéfices distribuables qu'elles versent aux investisseurs, mais en paieront sur ceux qu'elles conservent. Généralement, les autres types de fiducies de revenu et les sociétés par actions sont imposées [sic.] sur leurs bénéfices avant distributions aux investisseurs. Ces derniers sont à leur tour imposés sur les distributions qu'ils reçoivent. Les distributions d'une FPI sont imposées seulement lorsqu'elles sont reçues par les investisseurs. Le taux d'impôt marginal qui s'applique alors sur les distributions aux investisseurs est inférieur aux taux combinés de l'entreprise et de l'investisseur dans le cas d'une société par actions. En résumé, les FPI ne sont pas imposées en double comme les dividendes. »²⁷

Pour ce qui est de l'imposition du revenu émanant des sociétés de personnes, l'Agence du revenu du Canada explique :

« En général, une Société de personnes **ne paie pas** d'impôt sur son Revenu et elle **ne produit pas** de déclaration de revenus.

À la place, chacun des associés produit une déclaration de revenus, dans laquelle il indique sa part du revenu net (quote-part) ou de la perte nette de la société de personnes.

²⁶ Ministère des finances du Canada, « Le gouvernement du Canada annonce des modifications aux règles sur les fiducies de placement immobilier », *Communiqué 2010-125*, le 16 décembre 2010, Ottawa, disponible en ligne : <http://www.fin.gc.ca/n10/10-125-fra.asp> (consulté le 6 décembre 2013).

²⁷ Autorité des marchés financiers, « Que faut-il savoir avant d'investir par l'entremise d'une fiducie de placement immobilier (FPI)? », disponible en ligne : <http://www.lautorite.qc.ca/fr/fpi.html> (consulté le 6 décembre 2013). Pour un aperçu non technique de l'imposition des FPI, voir Heinzl, John, 2012, « Wrapping your head around REIT taxation », *The Globe and Mail*, 22 novembre 2012, disponible en ligne à <http://www.theglobeandmail.com/globe-investor/wrapping-your-head-around-reit-taxation/article5575073/> (consulté le 6 décembre 2013).

L'associé doit **déclarer sa quote-part** du revenu net de la société de personnes, peu importe s'il l'a reçue **en argent ou sous forme de crédit** porté à son compte de capital dans la société de personnes. »²⁸

Ces deux modèles d'imposition ont pour effet de prévoir, par provisions législatives incluses à la LIR, l'imposition statutaire des contribuables qui bénéficient du fruit des activités commerciales de ces entités, soit les « actionnaires ». ²⁹ Ils permettent donc une meilleure adéquation entre l'imposition statutaire et l'imposition effective puisque l'impôt sur le revenu est prélevé auprès de ceux qui en supportent effectivement le fardeau. ³⁰

Sans la réalisation de cette adéquation entre le régime d'imposition statutaire et le régime d'imposition effectif, il n'y a point d'espoir, ni de succès à venir, en matière d'imposition des sociétés par actions. L'EMN continuera d'exercer son pouvoir procédural sans entrave significative de la part de l'État. En introduction de la thèse, nous avons cité les propos de Bernard (1992) :

« La fuite devant l'impôt, qu'elle s'opère selon des moyens légaux ou, au contraire, au mépris de la loi, impose en définitive une limite majeure aux capacités des pouvoirs publics de lever des impôts. Si leur fardeau fiscal leur paraît excessif, les contribuables tentent en effet d'échapper à l'impôt, d'abord par des moyens passifs (en évitant de s'engager dans des activités ou des transactions qui leur imposeraient un fardeau fiscal supérieur au fardeau inéluctable), puis par des moyens actifs (en négociant avec d'autres contribuables des accords permettant d'échanger des biens et des services à l'insu du fisc, ou encore en cachant au fisc l'information qui lui permettrait d'établir leurs cotisations fiscales). » (p. 120).

²⁸ **Caractères gras** dans le texte ; Agence du revenu du Canada, 2013, « Déclarer le revenu d'une société de personnes », 27 novembre 2013, <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/bsnss/tpcs/slprtnr/prtnrshp/rprtng-fra.html> (consulté le 6 décembre 2013).

²⁹ Les « associés » dans le cas d'une société de personnes.

³⁰ Pour le lecteur davantage incliné vers la technique fiscale, mentionnons cependant que ces régimes d'imposition ne sont pas sans faille. Ainsi, de nouveau, la mise en place d'un de ces modes d'imposition pour les sociétés par actions exigerait une mise à jour de la loi fiscale canadienne afin de tenir compte des impacts directs mais également indirects sur plusieurs provisions actuellement inscrites dans la loi.

Nous y sommes vraisemblablement déjà en ce qui a trait aux sociétés par actions, ce qui inclut l'EMN, du moins en ce qui a trait aux pays industrialisés.³¹

Évidemment, les quelques pages précédentes ne peuvent pas rendre pleinement justice aux options alternatives d'imposition des sociétés par actions possibles afin de mettre fin à cette « fuite devant l'impôt », habituellement légale, parfois illégale. Nos réflexions ne suffisent certainement pas à expliquer en quoi ces quelques stratégies viendraient restreindre, à défaut d'éliminer complètement, l'exercice du pouvoir procédural de l'EMN. Néanmoins, ce qui nous semble désormais évident c'est qu'en l'absence d'une réforme majeure, le système actuel d'imposition des sociétés par actions est condamné à poursuivre sa dérive progressive, lente mais inéluctable, vers une forme de dégénérescence fiscale.

L'éthique fiscale et la complexité du système

Cela nous amène à une dernière série de réflexions davantage abstraites, quelque peu philosophiques, pour autant que ce soit envisageable en fiscalité, mais par ailleurs, selon nous, inévitables dans l'éventualité d'une réforme. La notion de pouvoir procédural du contribuable face à l'État, que nous avons appliquée à l'EMN dans le contexte de la fiscalité internationale, peut évidemment se généraliser à tous les types de contribuables, à tous les types de situations fiscales.

³¹ La mise en perspective historique d'un problème étant parfois source d'inspiration pour sa résolution, peut-être est-il à propos de rappeler que cette situation n'est en fait nullement spécifique aux économies industrialisées modernes. Adams (1993/2001) relate qu'une des causes possibles de la chute de l'Empire romain serait l'évasion fiscale : « To the list of "causes" of the demise of Rome, one more subject must be added : tax evasion. The immediate cause of the Fall of Rome to the Vandals was rampant and uncontrolled tax evasion within the Roman state. If the Roman government at that time had had sufficient revenues to maintain an adequate military force, the marauding band of barbarians would not have been able to enter the Italian peninsula, let alone sack Rome. The city of Rome fell because it could not defend itself against a third-class military force. There was sufficient wealth in the social order to have raised and sustained a strong military force, but such force did not exist—because the tax evaders had all the money. » (pp. 120-21).

Quel que soit ou qui que soit le contribuable, l'État moderne demeure toujours aux prises avec le problème de l'asymétrie de l'information. Seule son intensité sera variable. Dans une société démocratique, l'asymétrie de l'information est un aspect incontournable de la relation entre le contribuable et l'État, un aspect qui trouve sa source dans la jurisprudence relative aux lois fiscales qui en consacre la légitimité, mais en encourage aussi l'exploitation afin de minimiser légalement l'impôt à payer.³²

Nous avons constaté que le pouvoir de ce fait octroyé par la jurisprudence au contribuable est une forme de pouvoir au sens wébérien du terme. Il s'agit d'un pouvoir d'abord considéré en tant que relation puisqu'il s'exerce dans l'organisation des affaires du contribuable en réponse à la loi fiscale. Il s'exprime en contrepoids au pouvoir statutaire de l'État. Le pouvoir procédural du contribuable se manifeste par la minimisation la charge fiscale. Ce pouvoir devient effectif dans le cadre des processus dits de planifications fiscales; par une ou plusieurs démarches spécifiques entreprises par le contribuable, selon le cas. En d'autres mots, telle que nous l'avons observée dans le cas de l'EMN, la planification fiscale est, dans sa finalité, un processus hautement tributaire, d'une part, des circonstances avec lesquelles compose le contribuable et, d'autre part, des obligations précises de la loi fiscale à son endroit.

Ainsi, plus une situation devient complexe, plus elle peut donner lieu à des actions spécifiques, à des actions directement fondées et formulées en réponse aux caractéristiques de cette situation précise. D'un point de vue fiscal, dans le cas de l'EMN, notre exposé a illustré, à maintes reprises, que la complexité tend à rendre davantage opaques les opérations commerciales de l'EMN pour l'État, permettant dès lors l'exploitation de l'asymétrie de l'information sur plusieurs plans, de nombreuses façons. Plus significatif, on se rappellera des propos de McIntyre et McIntyre (1993)

³² Nous faisons de nouveau référence au « principe de la minimisation de la charge fiscale » qui, dans le cas du Canada, est juridiquement permis depuis 1936 grâce à l'arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster* déjà présenté.

qui suggèrent que « la complexité et l'incohérence du système en place encouragent l'EMN à produire une déclaration de revenus que l'on peut comparer à une « offre minimale » dans un jeu d'évitement fiscal où elle détient la plupart des bonnes cartes. »³³

Généralisé aux circonstances particulières de tout type de contribuable, dans une société démocratique moderne, cela revient donc à dire que chaque situation fiscale est susceptible d'amener son lot d'options, de possibilités et finalement d'actions pour le contribuable en réponse aux obligations inscrites à la loi fiscale promulguée et administrée par l'État. Ce constat n'est pas sans conséquence en ce qui a trait à l'adéquation entre les objectifs poursuivis par l'État et les résultats obtenus, exprimés sous forme de recettes fiscales ou de comportements des contribuables.

Permettons-nous une brève comparaison pour expliciter nos propos sur l'aspect de la complexité. D'un côté, le joueur d'échecs, tout comme le joueur de dames, œuvre dans un environnement très rigide. Ils sont tous deux soumis à diverses règles précises en plus de devoir composer avec leur adversaire respectif. L'objectif commun consiste évidemment à gagner la partie. D'un autre côté, en fiscalité, le contribuable est soumis à la loi fiscale et composé, à divers degrés d'intensité, avec l'administration fiscale. Nous avons vu que le sens commun, confirmé par la jurisprudence, invite à la minimisation de la charge d'impôts à payer. De ce fait, bien que la finalité diffère, les processus dans lesquels sont engagés le joueur d'échecs et le joueur de dames de même que le contribuable se ressemblent à bien des égards : chacun compose avec les règles en place et tente de les exploiter à son avantage face à son « adversaire ».

Cependant, le joueur d'échecs est soumis à un nombre de possibilités, en termes d'application des règles, qui excède largement celles disponibles au joueur de dames.

³³ En anglais, ils écrivent : « [...] the complexity and incoherence of the current system encourages multinational firms to file U.S. tax returns that can be compared to "low-ball opening bids" in a tax-avoidance game in which the companies hold most of the cards. » (p. 853).

Il en est ainsi car le joueur d'échecs est assujetti à bien davantage de règles que le joueur de dames. Cette nuance est significative. Au fur et à mesure que se déroule la partie, le joueur d'échecs voit se développer une complexité, directement associée aux règles qui le gouverne, une complexité qui est étrangère au joueur de dames.

Cet état de fait n'est guère différent de celui auquel est confronté un contribuable et ce, à bien des points de vue. Au fil du temps, plus la loi fiscale se raffine, plus elle ouvre la voie à de nouvelles combinaisons en termes de planifications fiscales pour le contribuable, tout particulièrement lorsque celui-ci dispose de ressources économiques, comptables et fiscales, exprimées en termes d'expertise, significatives, ce qui est bien sûr le cas d'une EMN. Pour reprendre notre illustration, le joueur de dames se métamorphose dès lors en joueur d'échecs au fil du temps, bénéficiant de possibilités d'actions de plus en plus nombreuses.³⁴

Ramenée à notre réflexion sur la complexité en fiscalité, outre la comparaison, à ce titre, entre la situation d'une EMN et celle d'un simple contribuable qui ne requiert plus aucun commentaire à ce stade de notre exposé, on peut aussi s'imaginer la situation d'un employé salarié de grande entreprise comparativement à celle du PDG de la même organisation. Ce dernier engrange vraisemblablement des revenus provenant de son salaire mais, en plus, de sources diverses d'épargne, par exemple de dividendes et de gains en capital, dont les traitements fiscaux sont plus favorables que celui réservé au salaire, source de revenus exclusive de l'employé. Par conséquent, tandis que le PDG a accès à de multiples opportunités de planifications fiscales, de divers ordres, lui permettant de venir réduire son taux d'imposition effectif,

³⁴ Notre illustration est une application pratique de la conception, déjà citée de Crozier et Friedberg (1977) qui suggèrent que le pouvoir est une relation « contingente aux acteurs et à la structure dans laquelle ils agissent. » (p. 56).

l'employé ne peut guère éluder le taux d'imposition statutaire que lui assigne la loi fiscale, ne peut pas esquiver cet impôt qui, de toute façon, sera retenu à la source.³⁵

Dans le même ordre d'idées, dit simplement, plus la loi devient complexe, plus elle favorise la planification fiscale. La jurisprudence canadienne en matière de fiscalité contient de nombreux exemples où la complexité croissante de la loi fiscale est au cœur des litiges entendus.³⁶ En des termes plus généraux, cela illustre que tout système qui se complexifie, au fil du temps et des changements, génère des conséquences « insoupçonnées » et des effets « pervers », parfois fruit du hasard, parfois résultant des modifications de comportements des acteurs composant ce système. Ces phénomènes s'observent tout autant en sciences pures qu'en sciences sociales.³⁷

Plutôt que d'y échapper, la fiscalité est l'un de ces exemples de système, parmi les plus éloquents, illustrant les conséquences désastreuses qu'entraîne une complexification constante, continue et, trop souvent, fort questionnable de l'objet. Dans une société démocratique, cette complexité est de plus décisivement exacerbée

³⁵ Voilà d'ailleurs, peut-être, une explication, parmi d'autres possibles, de l'écart grandissant entre les plus fortunés et les moins nantis dans la société civile, écart qui est régulièrement relaté dans l'actualité.

³⁶ À titre d'illustration, parmi une multitude de cas disponibles, le lecteur pourra se référer à la cause *9101-2310 Québec Inc. c. La Reine* (2012), entendue à la Cour canadienne de l'impôt, dont près de 75 % de la teneur du jugement porte exclusivement sur la distinction juridique entre les notions de « transfert » et de « mandat » aux fins de l'application de l'article 160 de la LIR qui vient prescrire qu'en certaines circonstances un tiers peut être redevable de l'impôt d'un contribuable donné. On notera qu'il s'agit là d'une situation pourtant a priori fort simple (*9101-2310 Québec Inc. c. La Reine*, 2012 CCI 365, disponible en ligne à <http://www.canlii.org/>).

³⁷ Relativement aux sciences sociales, auxquelles nous incluons la fiscalité, Saari (1995) écrit : « A lesson learned from modern dynamics is that natural systems can be surprisingly complex. No longer are we astonished to discover that systems from, say, biology (e.g., [GOI, Ma1, Ma2]) or the Newtonian n-body problem (e.g., [MM, Mo, Mk, SX, X]) admit all sorts of previously unexpected dynamical behavior. This seeming randomness, however, sharply contrasts with what we have been conditioned to expect from economics. [...] what we do know indicates that even the simple models from introductory courses in economics can exhibit dynamical behavior far more complex than anything found in classical physics or biology. In fact, all kinds of complicated dynamics (e.g., involving topological entropy, strange attractors, and even conditions yet to be found) already arise in elementary models that only describe how people exchange goods (a pure exchange model). » (p. 222).

par l'existence et l'exploitation de l'asymétrie de l'information inhérente à la fiscalité à l'avantage du contribuable.

Ainsi, ce que notre thèse met indirectement en lumière c'est qu'en présence d'une complexité accrue, le pouvoir procédural est plus facilement exercé, plus aisément source de succès pour le contribuable en ce qui concerne la minimisation de l'impôt à payer, ceci avec ou sans recours au comportement de défection. Nous osons dès lors prétendre qu'en présence d'un régime d'imposition beaucoup plus simple, les possibilités du contribuable à exercer un pouvoir procédural avec succès seraient significativement diminuées.

Cette dernière réflexion possède une composante éthique qui mérite d'être soulignée. Dans une société démocratique, il est de nos jours universellement reconnu que le contribuable possède le droit sacro-saint d'organiser ses activités de manière à minimiser, dans le respect de la loi, sa charge d'impôts et de taxes à payer. Ce principe est cohérent avec un régime fiscal démocratique fondé sur l'autocotisation du contribuable. Nous avons constaté qu'il est applicable à tout type de contribuable, qu'il s'agisse d'un particulier, d'une société par actions, etc.

D'un point de vue historique, nous nous risquerions à prétendre que ce principe explique, à lui seul, la très grande majorité de la complexité qui caractérise désormais la loi fiscale moderne. Mais en contrepartie, nous osons également le demander, la société civile accepterait-elle qu'un particulier ou une entreprise puisse se soustraire à ses obligations environnementales par le biais d'habiles manœuvres et fûtés stratagèmes? Qu'en serait-il en regard d'obligations sur le respect des droits de l'homme?

Dans ces derniers cas, les manquements sont plutôt immédiatement frappés d'illégalité. Si l'illégalité n'empêche évidemment pas le comportement de défection, elle en assure fort vraisemblablement la minimisation dans un contexte international et même domestique, du moins dans le cas de la plupart des États. Mais en fiscalité, ce comportement de minimisation de la charge d'impôts à payer n'est pas illégal, au

contraire. Il s'attaque pourtant directement à l'intention fondamentale de la loi fiscale : prélever des recettes fiscales.

Voilà donc un dernier filon de questionnements, selon nous, tout aussi fécond à l'amorce d'une réflexion relativement à une véritable réforme de la fiscalité corporative et, à bien y penser, de la fiscalité dans son ensemble. Est-il souhaitable que la minimisation de la charge d'impôts à payer soit possible? S'exprimer de la sorte injecte, il est vrai, une connotation moralisatrice à la réflexion. Mais n'est-ce pas là le rôle fondamental réservé aux impôts et aux taxes que d'améliorer le bien-être des citoyens de la société, de tous les citoyens? Il nous semble impossible à l'État de prétendre jouer ce rôle de manière stoïque et froide. Ceci dit, il va de soi que cette injection éthique dans la réflexion ne devrait pas pour autant justifier une dérive vers une conception davantage totalitaire de l'impôt.

Dit autrement, nous rejetons sans réserve la prétention voulant que « la minimisation de la charge d'impôts à payer devrait être illégale » puisqu'elle est utopique et, précisément, porteuse d'une vision despotique relativement à la fiscalité. Dans un système démocratique, notre exposé relativement à diverses facettes de la loi fiscale devrait, à ce stade, avoir convaincu le lecteur des difficultés qu'occasionnent en fiscalité, d'une part, toute définition de termes fiscaux ou d'expressions fiscales et, d'autre part, l'encadrement du comportement des contribuables. Maints exemples ont été présentés lors de notre exercice de comparaison. Ainsi, dans la même foulée, bien malin serait l'État qui serait en mesure de définir ce qu'est la « minimisation de l'impôt à payer » dans un système aussi complexe que le nôtre, de surcroît pour une éventuelle application juridique.

De ces quelques réflexions, nous en concluons qu'un exercice de révision du régime fiscal, ce qui va bien au-delà de la simple *Loi de l'impôt sur le revenu*, un exercice d'une envergure tout au moins aussi importante que celui qui s'est tenu au cours des années 1960 à travers le monde, est dorénavant nécessaire. En d'autres mots, un exercice de simplification significative de l'impôt et des taxes, c'est-à-dire

du régime fiscal dans son ensemble, qui pourrait en finalité, non pas frapper d'illégalité la minimisation de l'impôt à payer, une utopie s'il en est une, mais plutôt venir en circonscrire intelligemment les possibilités est maintenant nécessaire. De cette façon uniquement, selon nous, peut-on espérer modérer, voire enrayer, l'exercice du pouvoir procédural du contribuable en fiscalité, source de l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats obtenus par l'État dans une société démocratique.

En aurons-nous le courage, la capacité et, surtout, la sagesse?

RÉFÉRENCES

Livres et articles scientifiques

Abdel-khalik, A. Rashad et Edward J. Lusk, 1974, « Transfer Pricing - A Synthesis », *Accounting Review*, January 1974, pp. 8-23.

Ackelsberg, Robert et Gary Yukl, 1979, « Negotiated Transfer Pricing and Conflict Resolution in Organization », *Decision Sciences*, July 1979, pp. 387-98.

Adams, Charles, 1993/2001, *For Good and Evil. The Impact of Taxes on the Course of Civilisation*, 2nd edition, Madison Books, Toronto.

Agundez-Garcia, Ana, 2006, « The Delineation and Apportionment of an EU-Consolidated Tax Base for Multi-jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review of Issues and Options », *Paper No. 9, European Commission Taxation*, Brussels, Belgium.

Akerlof, George, 1970, « The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3, p. 488-500.

Aktouf, Omar, 1987, *Méthodologie des sciences sociales et approche qualitative des organisations. Une introduction à la démarche classique et une critique*, Les Presses de l'Université du Québec, Montréal.

Alchian, Armen A., 1950, « Uncertainty, Evolution, and Economic Theory », *The Journal of Political Economy*, Vol. 58, No. 3, pp. 211-21.

- Al-Eryani, Mohammad F., Pervaiz Alam et Syed H. Akhter, 1990, « Transfer Pricing Determinants of U.S. Multinationals », *Journal of International Business Studies*, Vol. 21, No. 3, pp. 409-25.
- Amerkhail, Valerie, 1999, « Arm's Length or Formulary Apportionment? Sometimes the Best Choice Is Both », *Transfer Pricing Report*, June 2, 1999, pp. 94-104.
- Anand, Bharat N. et Richard Sansing, 2000, « The Weighting Game: Formula Apportionment as an Instrument of Public Policy », *National Tax Journal*, Vol. 53, No. 2, pp. 183-200.
- Arnold, Brian J., 2004, « The Long, Slow, Steady Demise of the General Anti-Avoidance Rule », *Canadian Tax Journal / Revue fiscale canadienne*, Vol. 52, No. 2, pp. 488-511.
- Arnold, Brian J., 2010, « The Interpretation of Tax Treaties: Myth and Reality », *Bulletin for International Taxation*, Vol. 64, No. 1, pp. 2-15.
- Avi-Yonah, Reuven S., 2000, « Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State », *Harvard Law Review*, Vol. 113, No. 7, pp. 1573-1676.
- Avi-Yonah, Reuven S., 2009, « Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation », *The John M. Olin Center for Law & Economics Working Paper Series*, Paper 102, University of Michigan Law School, USA.
- Avi-Yonah, Reuven S. et Kimberly A. Clausing, 2007, « Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A proposal to Adopt Formulary Apportionment », *The Brookings Institution*, June 2007.
- Avi-Yonah, Reuven S., Kimberly A. Clausing et Michael C. Durst, 2009, « Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split », *U. Fla. Tax Rev.*, No. 497, pp. 540-53.
- Armstrong, Martin A., 1998, « The Political Economy of International Transfer Pricing, 1945-1994: State, Capital and the Decomposition of Class », *Critical Perspectives on Accounting*, Vol. 8, No. 4, pp. 391-432.

- Bacchetta, Philippe et María Paz Espinosa, 2000, « Exchange-of-Information Clauses in International Tax Treaties », *International Tax and Public Finance*, Vol. 7, No. 3, pp. 275-93.
- Bachrach, Peter et Morton S. Baratz, 1962, « Two Faces of Power », *American Political Science Review*, Vol. 54, No. 2, pp. 947-52.
- Baldenius, Tim, 2000, « Intrafirm Trade, Bargaining Power and Specific Instruments », *Review of Accounting Studies*, Vol. 5, No. 1, pp. 27-56.
- Bailey, Andrew D. et Warren J. Boe, 1976, « Goal and Resource Transfers in the Multigoal Organization », *The Accounting Review*, July 1976, pp. 559-73.
- Baistrocchi, Eduardo A., 2005, « Transfer Pricing in the 21st Century: A Proposal for Both Developed and Developing Countries », *Latin American and Caribbean Law and Economics Association Annual Papers, Paper #20*, University of California, Berkeley.
- Barker, William B., 2002, « Optimal International Taxation and Tax Competition: Overcoming the Contradictions », *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 22, No. 2, pp. 161-217.
- Barnet, Richard J. et Ronald E. Muller, 1974, *Global Reach: The Power of the Multinational Corporations*, Simon and Schuster, New York.
- Barsalou, Pierre, 1994, « Conseil pratiques : Préparation et présentation d'un appel en matière fiscale », *Canadian Tax Journal / Revue fiscale canadienne*, Vol. 42, No. 1, pp. 108-49.
- Bartelsman, Eric J. et Roel M.W.J. Beetsma, 2000, *Why Pay More? Corporate Tax Avoidance Through Transfer Pricing in OECD Countries*, Tinbergen Institute Discussion paper TI2000-054/2.
- Battistella, Dario, 2006, *Théories des relations internationales*, Presses de Science Po, Paris.
- Bell, Kevin A., 2009, « Can Formulary Approach Fit into Arm's-Length Confines? Formulary Advocate Dubs OECD Draft Chapters a Significant Step », *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol. 18, No. 14, pp. 767-69.

- Bellavance, Michel, 1985, *Les politiques gouvernementales*, Agence d'Arc Inc., Montréal.
- Bernard, André, 1992, *Politique budgétaire et gestion financière de l'État*, ebrary, Presses de l'Université du Québec, Sainte-Foy.
- Bernard, Andrew B., Bradford J. Jensen et Peter K. Schott, 2006, « Transfer Pricing: By US-Based Multinational Firms », *Working paper*, Tuck School of Business at Dartmouth.
- Bernauer, Thomas et Vit Styrsky, 2004, « Adjustment or Voice? Corporate Responses to International tax Competition » *European Journal of International Relations*, Vol. 10, No. 1, pp. 61-94.
- Bhat, Ganapati, 2009, « Transfer Pricing, Tax Havens and Global Governance », *German Development Institute*, Discussion Paper 7/2009.
- Bergin, Tom, 2012, « Special Report : Amazon's Billion-Dollar Tax Shield », Reuters, 6 décembre 2012, <http://www.reuters.com/article/2012/12/06/us-tax-amazon-idUSBRE8B50AR20121206> (consulté le 6 décembre 2013).
- Bird, Richard, 1994, « A View from the North », *Tax Law Review*, Vol. 49, No. 4, pp. 745-57.
- Bird, Richard et Donald Brean, 1986, « The Interjurisdictional Allocation of Income and the Unitary Taxation Debate », *Discussion paper (Economic Council of Canada)*, No. 304, Canada.
- Bobin, Frédéric, 2013, « Bangladesh : les ouvriers du textile exigent une hausse du salaire minimum », *Le Monde*, 24 septembre 2013, http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/09/24/bangladesh-les-ouvriers-du-textile-exigent-une-hausse-du-salaire-minimum_3483409_3234.html (consulté le 6 décembre 2013).
- Boidman, Nathan, 2010, « New TIEAs Extend the Playing Field for Canada's Multinational Enterprises », *Tax Notes International*, July 19, pp. 209-16.
- Bond, Eric W., 1981, « Optimal Transfer Pricing When Tax Rates Differ », *Southern Economic Journal*, Vol. 47, No. 1, pp. 191-200.
- Borkowski, Susan C., 1990, « Environmental and Organizational Factors Affecting Transfer Pricing: A Survey », *Journal of Management Accounting Research*, Vol. 2, pp. 78-99.

- Borkowski, Susan C., 1992, « Organizational and International Factors Affecting Multinational Transfer Pricing », *Advances in International Accounting*, Vol. 5, pp. 173-92.
- Borkowski, Susan C., 1996. « Advance Pricing (Dis)Agreements: Differences in Tax Authority and Transnational Corporation Opinions », *International Tax Journal*, Vol. 22, pp. 23-34.
- Borkowski, Susan C., 1997, « The Transfer Pricing Concerns of Developed and Developing Countries », *International Journal of Accounting*, Vol. 32, No. 3, pp. 321-36.
- Braithwaite, John et Peter Drahos, 2000, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, New York.
- Brauner, Yariv, 2003, « An International Tax Regime in Crystallization », *Tax Law Review*, Vol. 56, No. 2, pp. 259-328.
- Buckley, Peter J., 1996, « The Role of Management in International Business Theory: A Meta-Analysis and Integration of the Literature on International Business and International Management », Vol. 36, Special issue 1, *Management International Review*, pp. 7-54.
- Buckley, Peter J. et Mark C. Casson, 1976, *The Future of the Multinational Enterprise*, Macmillan, London.
- Buckley, Peter J. et Mark C. Casson, 2009, « The Internalisation Theory of the Multinational Enterprise: A Review of the Progress of a Research Agenda After 30 Years », *Journal of International Business Studies*, Vol. 40, No. 9, pp. 1563-80.
- Busino, Giovanni, 1993, *Les théories de la bureaucratie*, Presses universitaires de France, Paris.
- Buthe, Tim, 2003, « Book Reviews: Private Authority and International Affairs / The Emergence of Private in Global Governance », *Journal of International Affairs*, Vol. 57, No. 1, pp. 245-53 in Errata, *Journal of International Affairs*, Vol. 58, No. 1, pp. 279-90.

- Canal Argent, « Apple devient la plus grande marque au monde », TVA Nouvelles, 30 septembre 2013, <http://argent.canoe.ca/nouvelles/international/apple-devient-la-plus-grande-marque-au-monde-30092013> (consulté le 6 décembre 2013).
- Carswell, *La loi du praticien: Loi de l'impôt sur le revenu 2012*, 26^e édition, Toronto (incluant les notes de David Sherman).
- Carswell, *La loi du praticien: Loi sur les impôts du Québec 2012-2013*, 14^e édition, Toronto.
- CGA-Canada, 2013, « La simplification du système fiscal : avantages et enjeux politiques dans le contexte canadien », *Rapport sur le Sommet sur la simplification fiscale de CGA-Canada tenu à Ottawa (Ontario)*, 4 décembre 2012.
- Charron, Lucie, George Chow et Janine Halbesma, 2008, « Le fardeau fiscal invisible. La perspective des entreprises sur le coût de la conformité fiscale », *Programmes d'études fiscales de la FCEI, rapport 1*, Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, Août 2008, Toronto.
- Chambre de commerce du Canada, 2010, « Adopter un régime fiscale [sic.] axée [sic.] sur la croissance », *Énoncé de politique*, Avril 2010.
- Chen, Xinyu, 2009, « Behavioral Game Split: A New Perspective on the Arm's-Length Principle », *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol. 17, No. 19, pp. 751-54.
- Chennells, Lucy et Rachel Griffith, 1997, *Taxing Profits in a Changing World*, Institute for Fiscal Studies, September 1997, London.
- Cheung, Steven N. S., 1983, « The Contractual Nature of the Firm », *Journal of Law and Economics*, Vol. 26, No. 1, pp. 1-26.
- Christensen, Steve, 1997, « Formulary Apportionment: More Simple – On Balance Better? », *Law and Policy in International Business*, Summer 1997, pp. 1133-64.
- Christensen John, Pete Coleman et Sony Kapoor, 2005, « Tax Avoidance, Tax Competition and Globalisation: Making Tax Justice a Focus for Global Activism », in Penttinen J., S. Ville-Pekka et M. Ylönen, eds., *MORE TAXES! Promoting Strategies for Global Taxation*, ATTAC, Helsinki, Finland.

- Clausing, Kimberly A., 1998, « The Impact of Transfer Pricing on Intrafirm Trade », *NBER Working Paper No. 6688*, USA.
- Clausing, Kimberly A., 2003, « Tax-motivated Transfer Pricing and US Intrafirm Trade Prices », *Journal of Public Economics*, Vol. 87, No. 9/10, pp. 2207-23.
- Clausing, Kimberly A., 2007, « Multinational Firm Tax Avoidance and U.S. Government Revenue », *Working paper, Reed College*, Portland, Oregon, USA.
- Clausing, Kimberly A. et Yaron Lahav, 2011, « Corporate Tax Payments under Formulary Apportionment: Evidence from the Financial Reports of 50 Major U.S. Multinational Firms », *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, Vol. 20, No. 1, pp. 97-105.
- Coase, Ronald H., 1937, « The Nature of the Firm », *Economica, New Series*, Vol. 4, No. 16, pp. 386-405.
- Cockfield, Arthur J., 2004, « Formulary Taxation Versus the Arm's-Length Principle: The Battle Among Doubting Thomases, Purists, and Pragmatists », *Canadian Tax Journal*, Vol. 52, No.1, pp. 114-23.
- Consortium international des journalistes d'enquête, <http://www.icij.org/offshore> (consulté le 6 décembre 2013).
- Cook, Paul W., 1955, « Decentralization and the Transfer Price Problem », *Journal of Business*, Vol. 28, No. 2, pp. 87-94.
- Cools, Martine, Clive R. Emmanuel, et Ann Jorissen, 2008, « Management Control in the Transfer Pricing Tax Compliant Multinational Enterprise », *Organizations and Society*, Vol. 33, No. 6, pp. 603-28.
- Cools, Martine et Regine Slagmulder, 2009, « Tax-Compliant Transfer Pricing and Responsibility Accounting », *Journal of Management Accounting Research*, Vol. 21, No. 1, pp. 151-78.
- Copithorne, L.W., 1971, « International Corporate Transfer Prices and Government Policy », *The Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'Economie*, Vol. 4, No. 3, pp. 324-341.

- Cravens, Karen S. et Winston T. Shearon Jr., 1996, « An Outcome-Based Assessment of International Transfer Pricing Policy », *International Journal of Accounting*, Vol. 31, No. 4, pp. 419-43.
- Crozier, Michel, 1964, *The Bureaucratic Phenomenon*, University of Chicago Press, Chicago.
- Crozier, Michel et Erhard Friedberg, 1977, *L'acteur et le système*, Seuil, Paris.
- Cutler, Claire, 1999, « Locating "Authority" in the Global Political Economy », *International Studies Quarterly*, Vol. 43, No. 1, pp. 59-81.
- Cutler, Claire, 2001, « Critical Reflections on the Westphalian Assumptions of International Law and Organization: A Crisis of Legitimacy », *Review of International Studies*, Vol. 27, No. 2, pp. 133-50.
- Cutler, Claire, 2002, « Private International Regimes and Interfirm Cooperation », in Hall et Biersteker, eds., 2002, pp. 23-40.
- Cutler, Claire, 2010, « The Legitimacy of Private Transnational Governance: Experts and the Transnational Market for Force », *Socio-Economic Review*, Vol. 8, No. 1, pp. 157-85.
- Cyert, Richard, et James G. March, 1963, *The Behavioral Theory of the Firm*, Prentice-Hall, New Jersey.
- Dagan, Tsilly, 2000, « The Tax Treaties Myth », *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 32, No. 4, pp. 939-96.
- D'Agostino, Serge, 2008, *La mondialisation*, Collection Thèmes & Débats économiques, 2^e édition, Bréal, France.
- Dahl, Robert A., 1957, « The Concept of Power », *Behavioral Science*, Vol. 2, No. 3, pp. 201-15.
- Davies, James B., 1992, « Tax Incidence: Annual and Lifetime Perspectives in the United », in Shoven, John B. et John Whalley, eds, 1992, *Canada-U.S. Tax Comparisons*, University of Chicago Press, Conference proceedings, July 26-27, 1990, pp. 151-88, disponible en ligne : <http://www.nber.org/chapters/c7481>.

- Dean, Joel, 1955, « Decentralization and Intracompany Pricing », *Harvard Business Review*, July-August 1955, pp. 65-74.
- Deblock, Christian et Michèle Rioux, 2008, « Le triangle impossible ou les limites de la coopération fiscale internationale », *Cahiers de Recherche CEIM*, Centre Études internationales et Mondialisation, UQAM, Mars 2008, Montréal.
- Deloitte, 2013, *Deloitte 2013 Global Transfer Pricing Country Guide*, http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/gx_tax_2013_global_transfer_pricing_desktop_reference.pdf (consulté le 6 décembre 2013).
- Desai, Mihir A., C. Fritz Foley et James R. Hines Jr., 2003, « Chains of Ownership, Tax Competition, and the Location Decisions of Multinational Firms », in Heinz, Herrmann and Robert Lipsey, eds., *Foreign direct investment in the real and financial sector of industrial countries*, Springer-Verlag, Berlin, pp. 61-98.
- Descartes, René, 1637, *Discours de la méthode*, GF-Flammarion, Paris, 1966 [1992].
- Devereux, Michael P. et Ruud A. de Mooij, 2009, *Alternative Systems of Business Tax in Europe an Applied Analysis of ACE and CBIT Reforms*, Directorate General Taxation and Customs Union, European Commission, Taxation Papers 17.
- Devereux, Michael P., Rachel Griffith et Alexander Klemm, 2002, « Corporate Income Tax Reforms and Tax Competition », *Economic Policy*, Vol. 17, No. 35, pp. 451-95.
- Devereux, Michael P. et Simon Loretz, 2008, « The Effects of EU Formula Apportionment on Corporate Tax Revenues », *Fiscal Studies*, 2008, Vol. 29, No. 1, pp. 1-33.
- DiManno, Rosie, 2011, « Greeks are Masters of the Tax Dodge », Thestar.com, 10 octobre 2011, http://www.thestar.com/news/world/2011/10/10/dimanno_greeks_are_masters_of_the_tax_dodge.html (consulté le 6 décembre 2013).
- Dischinger, Matthias et Nadine Riedel, 2011, « Corporate Taxes and the Location of Intangible Assets within Multinational Firms », *Journal of Public Economics*, Vol. 95, No. 7-8, pp. 691-707.

- Djelic, Marie-Laure et Kerstin Sahlin-Andersson, 2006, « Introduction : A World of Governance : The Rise of Transnational Regulation », in Djelic, Marie-Laure et Kerstin Sahlin-Andersson, éd., 2006, *Transnational Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 1-28.
- Doremus, Paul N., William W. Keller, Louis W. Pauly et Simon Reich, 1998, *The Myth of the Global Corporation*, Princeton University Press, USA.
- Downs, Anthony, 1967, *Inside Bureaucracy*, Rand Corporation, Boston.
- Drucker, Jesse, 2010, « U.S. Companies Dodge \$60 Billion in Taxes With Global Odyssey », Bloomberg, 13 mai 2010, <http://www.bloomberg.com/news/2010-05-13/american-companies-dodge-60-billion-in-taxes-even-tea-party-would-condemn.html> (consulté le 6 décembre 2013).
- Drucker, Jesse, 2010, « Google 2.4% Rate Shows How \$60 Billion Lost to Tax Loopholes », Bloomberg, 31 octobre 2010, <http://www.bloomberg.com/news/2010-10-21/google-2-4-rate-shows-how-60-billion-u-s-revenue-lost-to-tax-loopholes.html> (consulté le 6 décembre 2013).
- Drucker, Jesse, 2011, « Biggest Tax Avoiders Win Most Gaming \$1 Trillion U.S. Tax Break », Bloomberg, 28 juin 2011, <http://www.bloomberg.com/news/2011-06-28/biggest-tax-avoiders-win-most-gaming-1-trillion-u-s-tax-break.html> (consulté le 6 décembre 2013).
- Dubuc, André, 2013, « Offshore Leaks : les enquêteurs aux abois », La Presse, 5 avril 2013, <http://affaires.lapresse.ca/economie/international/201304/05/01-4637804-offshore-leaks-les-enqueteurs-du-fisc-aux-abois.php> (consulté le 6 décembre 2013).
- Durst, Michael C., 2007, « New Statutory Language to Govern Transfer Pricing Under §482 », *Working paper*, Steptoe & Johnson, Washington, DC.
- Durst, Michael C., 2010, « It's Not Just Academic: The OECD Should Reevaluate Transfer Pricing Laws », *Tax Notes International*, January 18, 2010, pp. 247-256.
- Eccles, Robert G., 1985, *The Transfer Pricing Problem: A Theory for Practice*, Lexington Books, Lexington.

- Eccles, Robert G., 1987, « Analyzing your Company's Transfer Pricing Practices », *Journal of Cost Management*, Summer 1987, pp. 21-33.
- Eden, Lorraine, 1998, *Taxing Multinationals: Transfer Pricing and Corporate Income Taxation in North America*, University of Toronto Press, Toronto.
- Eden, Lorraine, 2000, « The Arm's-Length Standard in North America », *Tax Notes International*, 7 February 2000, pp. 673-81.
- Eden, Lorraine et Fen Osler Hampston, 1998, « Clubs are Trump: The Formation of International Regimes in the Absence of a Hegemon », in Hollingsworth, Rogers J. et Robert Boyer, éds., 1998, *Contemporary Capitalism: The Embeddedness of Institutions*, Cambridge University Press, pp. 361-94.
- Eden, Lorraine et Robert T. Kudrle, 2005, « Tax Havens: Renegade States in the International Tax Regime », *Law & Policy*, Vol. 27, No. 1, pp. 100-27.
- Edwards, Chris et Veronique de Rugy, 2002, « International Tax Competition A 21st-Century Restraint on Government », *Policy Analysis*, No. 431, April 12, 2002.
- Edmiston, Kelly D., 2002, « Strategic Apportionment of the State Corporate Income Tax: An Applied General Equilibrium Analysis », *National Tax Journal*, Vol. 55, No. 2, pp. 239-62.
- Edmiston, Kelly D. et F. Javier Arze del Granado, 2004, « Economic Effects of Apportionment Formula Changes: Results From A Panel Of Corporate Income Tax Returns », *Federal Reserve Bank of Kansas City*, December 2004.
- Eichner, Thomas et Marco Runkel, 2007, « Why the European Union Should Adopt Formula Apportionment with a (Double) Sales Factor », *Working paper*, University of Munich, Munich, Germany.
- Emmanuel, Clive R., 1999, « Income Shifting and International Transfer Pricing: a Three-Country Example », *Abacus*, Vol. 35, No. 3, pp. 252-67.
- Emmanuel Clive R. et P.B. Oyelere, 1998, « International Transfer Pricing and Income Shifting: Evidence from the UK », *European Accounting Review*, Vol. 7, No. 4, pp. 623-35.

- Entin, Stephen J., 2004, « Tax Incidence, Tax Burden, And Tax Shifting: Who Really Pays The Tax? », *The Heritage Foundation*, CDA04-12, November 5, 2004.
- Feyerabend, Paul, 1975, *Contre la méthode : esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Édition du Seuil, Paris, 1979.
- Freund, Julien 1966/1983, *Sociologie de Max Weber*, 3^e édition, PUF, Paris, 1983.
- Fuest, Clemens, Thomas Hemmelgarn et Fred Ramb, 2006, « How Would Formula Apportionment in the EU Affect the Distribution and the Size of the Corporate Tax Base? An Analysis Based on German Multinationals », *Discussion Paper Series 1: Economic Studies*, No 20/2006, Deutsche Bundesbank.
- Fusch, Doris A., 2004, Channels and Dimensions of Business Power in Global Governance, International Studies Association Meeting, Montréal, 17-21 mars 2004, disponible en ligne : http://citation.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/0/7/3/3/3/pages73333/p73333-1.php.
- Gantet, Claire, 2000, « Le « tournant westphalien ». Anatomie d'une construction historiographique », *Critique internationale*, Vol. 9, No. 1, pp. 52-58.
- Gareau, Alain, 2004, « Le fardeau de la preuve en matière fiscale », Ministère de la Justice du Canada, *Colloque APFF No. 145*, 18 novembre 2004 (version électronique).
- Garrett, Geoffrey, 1998, *Partisan Politics in the Global Economy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Genschel, Philipp et Thomas Rixen, 2006, « The Institutional Foundations of Tax Competition », *International University Bremen (Work in Progress)*, September 2006.
- Gérard, Marcel et Joann M. Weiner, 2003, « Cross-Border Loss Offset And Formulary Appointment: How Do They Affect Multijurisdictional Firm Investment Spending and Interjurisdictional Tax Competition? », *CESifo Working Paper*, No. 1004, May 2003.

Ghosh, Dipankar, 2000, « Complementary Arrangements of Organizational Factors and Outcomes of Negotiated Transfer Price », *Accounting, Organizations and Society*, Vol. 25, No. 7, pp. 661-82.

Giddens, Anthony, 1982, *Profiles and Critiques in Social Theory*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles.

Gilpin, Robert, 2001, *Global Political Economy: Understanding the International Economic Order*, Princeton University Press, Princeton.

Goolsbee, Austan et Edward L. Maydew, 2000, « Coveting thy Neighbor's Manufacturing: The Dilemma of State Income Apportionment », *Journal of Public Economics*, Vol. 75, No. 1, pp. 125-43.

Gordon, Roger H. et John D. Wilson, 1986, « An Examination of Multijurisdictional Corporate Income Taxation Under Formula Apportionment », *Econometrica*, Vol. 54, No. 6, pp. 1357-73.

Graetz, Michael J., 2001, « The David R. Tillinghast Lecture: Taxing International Income: Independent Principles, Outdated Concepts and Unsatisfactory Policies », *Tax Law Review*, Vol. 54, No. 3, pp. 261-336.

Gramlich, Jeffrey D. et James E. Wheeler, 2003, « How Chevron, Texaco and the Indonesian Government Structured Transactions to Avoid Billions in U.S. Income Taxes », *Accounting Horizons*, Vol. 17, No. 2, pp. 107-22.

Gravelle, Jane G., 2009, « Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion », *Report for Congress*, Congressional Research Service, USA.

Grefe, Xavier, 1981, *Analyse économique de la bureaucratie*, Economica, Paris.

Gresik, Thomas A., 2001, « The Taxing Task of Taxing Transnationals », *Journal of Economic Literature*, Vol. 39, No. 3, pp. 800-38.

Griffiths, Ian et Felicity Lawrence, 2007, « Bananas to UK via the Channel Islands? It Pays for Tax Reasons », *The Guardian*, 6 novembre 2007, <http://www.theguardian.com/business/2007/nov/06/12> (consulté le 6 décembre 2013).

- Gropp, Reint et Kristina Kostial, 2000, « The Disappearing Tax Base: Is Foreign Direct Investment Eroding Corporate Income Taxes? », *IMF Working Paper 173*, October 2000.
- Grubert, Harry, 1998, « Taxes and the Division of Foreign Operating Income Among Royalties, Interest, Dividends and Retained Earnings », *Journal of Public Economics*, Vol. 68, No. 2, pp. 269-90.
- Grubert, Harry, 2000, « Tax Planning by Companies and Tax Competition by Governments: Is There Evidence of Changes in Behavior? », in Hines, James R. Jr., éd., 2000, *International Taxation and Multinational Activity*, University of Chicago Press, Chicago.
- Grubert, Harry, 2003, « Intangible Income, Intercompany Transactions, Income Shifting, and the Choice of Location », *National Tax Journal*, Vol. 56, No. 1, pp. 221-42.
- Gyarmati, Istvan, 2010, « How to Ensure Security and Freedom in the New, Post-Westphalien World (Dis)order », *Security and Human Rights*, Vol. 21, No. 1, pp. 40-44.
- Haas, Peter M., 1992, « Epistemic Communities and International Policy Coordination », *International Organization*, Vol. 46, No. 1, pp. 1-35.
- Haglund, David G. et Michael K. Hawes, 1990, *World Politics: Power, Interdependence & Dependence*, Harcourt Bace Jovanovich, Canada.
- Hall, Peter A., 1997, « The Role of Interests, Institutions, and Ideas in the Comparative Political Economy of the Industrialized Nations », in Linchbach, Mark I. et Alan S. Zuckerman, éd., *Comparative Politics: Rationality, Culture, and Structure*, Cambridge University Press, York, pp. 174-207.
- Hall, Rodney Bruce et Thomas J. Biersteker, éd., 2002, *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press, New York.
- Hall, Rodney Bruce et Thomas J. Biersteker, 2002a, « The Emergence of Private Authority in the International System », in Hall et Biersteker, éd., 2002, pp. 3-22.

- Hall, Rodney Bruce et Thomas J. Biersteker, 2002b, « Private Authority as Global Governance », in Hall et Biersteker, éd., 2002, pp. 203-22.
- Hasenclever, Andreas, Peter Mayer et Volker Rittberger, éd., 1997, *Theories of International Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Heinzl, John, 2012, « Wrapping your Head around REIT Taxation », *The Globe and Mail*, 22 novembre 2012, <http://www.theglobeandmail.com/globe-investor/wrapping-your-head-around-reit-taxation/article5575073/> (consulté le 6 décembre 2013).
- Hellerstein, Jerome, 1983, « The Basic Operations Interdependence Requirement of a Unitary Business: A Reply to Charles E. McLure Jr. », *Tax Notes*, February 28, 1983, p. 726.
- Hellerstein, Walter et Charles E. McLure Jr., 2004, « The European Commission's Report on Company Income Taxation: What EU can learn from the Experience of the US States », *International Tax and Public Finance*, Vol. 11, No. 2, pp. 199-220.
- Higinbotham, Harlow N. et Marc M. Levey, 1998, « When Arm's Length Isn't Really Arm's Length: Issues in the Application of the Arm's Length Standard », *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol. 7, No. 6, pp. 243-52.
- Hines, James R. Jr., 1996, « Tax Policy and the Activities of Multinational Corporations », *NBER Working Paper No. 5589*, USA.
- Hines, James R. Jr., 1999, « Lessons from Behavioral Responses to International Taxation », *National Tax Journal*, Vol. 52, No. 2, pp. 305-22.
- Hines, James R. Jr., 2009, *Income Misattribution under Formula Apportionment*, University of Michigan / NBER, January 2009.
- Hines, James R. Jr. et Eric Rice, 1994, « Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business », *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109, No. 1, pp. 149-82.
- Hirshleifer, Jack, 1956, « Economics of the Divisionalized Firm », *Journal of Business*, Vol. 30, No. 2, pp. 96-108.

- Hirschman, Albert O., 1970, *Exit, Voice and Loyalty: Response to the Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, Cambridge.
- Holstrom, Bengt et Jean Tirole, 1991, « Transfer Pricing and Organizational Form », *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 7, No. 2, pp. 201-28.
- Horst, Thomas, 1971, « The Theory of the Multinational Firm: Optimal Behavior under Different Tariff and Tax Rates », *Journal of Political Economy*, Vol. 79, No. 5, pp. 1059-72.
- Hymer, Stephen, 1976, *The International Operation of National Firms: A Study of Direct Foreign Investment*, Cambridge University Press, New York.
- Isaak, Alan C., [1969/1981], *Scope and methods of political science*, 3^e édition, The Dorsey Press, Illinois, USA, 1981.
- Jacob, John, 1996, « Taxes and Transfer Pricing: Income Shifting and the Volume of Intrafirm Transfers », *Journal of Accounting Research*, Vol. 34, No. 2, pp. 301-12.
- Johns, Fleurs, 1994, « The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International law and Theory », *Melbourne University Law Review*, Vol. 19, pp. 893-923.
- Johns, Richard A., 1983, *Tax Havens and Offshore Finance: A Study of Transnational Economic Development*, St. Martin's Press, New York.
- Jogarajan, Sunita, 2011, « Multilateral Tax Treaty for ASEAN — Lessons from the Andean, Caribbean, Nordic and South Asian Nations », *Asian Journal of Comparative Law*, Vol. 6, No. 1, pp. 145-66.
- Keeley, James F., 1990, « The Latest Wave: A Critical Review of Regime Litterature », in Haglund et Hawes, éd., 1990, pp. 553-69.
- Keohane, Robert O., 1982, « The Demand for International Regimes », *International Organization*, Vol. 36, No. 2, pp. 325-55.
- Keohane, Robert O., [1984/2005], *After hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton University Press, Princeton.

- Keohane, Robert O. et Joseph S. Nye, [1977/2001], *Power and Interdependence*, Longman, New York.
- Kesselman, Jonathan R. et Ron Cheung, 2004, « Tax Incidence, Progressivity, and Inequality in Canada », *Canadian Tax Journal / Revue fiscale canadienne*, Vol. 52, No. 3, pp. 709-89.
- Klassen, Kenneth J., Mark Lang et Mark Wolfson, 1993, « Geographic Income Shifting by Multinational Corporations in Response to Tax Rate Changes », *Journal of Accounting Research*, Vol. 31, No. 3, pp. 141-73.
- Klassen, Kenneth J. et Douglas A. Shackelford, 1998, « State and Provincial Corporate Tax Planning: Income, Sales, Assets, and Compensation Management », *Journal of Accounting and Economics*, Vol. 25, No. 3, pp. 385-406.
- Klinger, Scott, 2012, « The Real Genius of Apple : Tax Avoidance », The Baltimore Sun, 9 avril 2012, http://articles.baltimoresun.com/2012-04-09/news/bs-ed-apple-taxes-20120409_1_tax-avoidance-apple-tax-bill (consulté le 6 décembre 2013).
- Kobrin, Stephen J., 2002, « Economic Governance in an Electronically Networked Global Economy », in Hall et Biersteker, eds., 2002, pp. 43-75.
- KPMG, 2013, *Résumé des conclusions du sondage du secteur pharmaceutique sur les dépenses en R-D et autres investissements de la part des membres de Rx&D en 2012*, Ottawa, http://www.canadapharma.org/CMFiles/Our%20Industry/Industry%20Facts/20130514_KPMG_Summary_2012_Spending_Investments_FR.pdf (consulté le 6 décembre 2013).
- KPMG, 2013, *KPMG's 2013 Global Transfer Pricing Review*, <http://www.kpmg.com/global/en/issuesandinsights/articlespublications/global-transfer-pricing-review/pages/default.aspx> (consulté le 6 décembre 2013).
- Krasner, Stephen D., 1982, « Structural Causes and Regime Consequences: Regime as Intervening Variables », *International Organization*, Vol. 36, No. 2, pp. 185-205.
- Krzyzaniak, Marian, 1967, « The Long-run Burden of a General Tax on Profits in a Neoclassical World », *Public Finance*, Vol. 22, No. 4, pp. 472-95.

- Lafrance, Robert et Lawrence Schembri, 2002, « Parité des pouvoirs d'achat : définition, mesure et interprétation », *Revue de la Banque du Canada*, Automne 2002, pp. 29-36.
- Langbein, Stanley I., 1986, « The Unitary Method and the Myth of Arm's Length », *Tax Notes: Tax Analysts Special Reports*, February 17, pp. 625-81.
- Langbein, Stanley I., 1989, « Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing », *Tax Notes*, Vol. 44, No. 12, pp. 1391-1413.
- Langbein Stanley I., 1992, « A Modified Fractional Apportionment Proposal for Tax Transfer Pricing », *Tax Notes*, Vol. 54, No. 6, pp. 719-30.
- Lauzon, Léo-Paul, Martine Lauzon et Frédéric Rogenmoser, 2012, « Le réel taux d'imposition de grandes entreprises canadiennes: du mythe à la réalité », Octobre 2012, *Laboratoire d'études socio-économiques de l'UQAM*, Montréal.
- Lefebvre, Pierre et Francine Mayer, 1991, « Les réformes fiscales de 1988 au Canada et au Québec : une analyse de l'équilibre général des implications pour le Québec », in *Économie & prévision*, No. 98, Études de la fiscalité, pp. 101-112.
- Lemieux, Vincent, 2009, *L'étude des politiques publiques : les acteurs et leur pouvoir*, 3^e édition, Presses de l'Université Laval, Ste-Foy.
- Lemieux, Vincent et Mathieu Ouimet, 2000, « Les réseaux de politique publique : un bilan critique et une voie de formalisation », *Cahier du Centre d'analyse des politiques publiques*, Université Laval, Québec.
- Li, Jinyan, 2002, « Global Profit Split: An Evolutionary Approach to International Income Allocation », *Canadian Tax Journal*, Vol. 50, No. 3, pp. 823-83.
- Lindblom, Charles et Edward J. Woodhouse, [1968/1993], *The Policy-Making Process*, Prentice Hall, New Jersey.
- Lindblom, Charles, 1979, « Still Muddling, Not Yet Through », *Public Administration Review*, Vol. 39, No. 6, pp. 517-26.

- Luft, Joan L. et Robert Libby, 1997, « Profit Comparisons, Market Prices and Managers' Judgements About Negotiated Transfer Prices », *Accounting Review*, Vol. 72, No. 2, pp. 217-29.
- Maimona, Mashoka, 2013, « Sears Canada Cuts 245 Jobs, Outsourcing IT Positions to India and the Philippines », *Financial Post*, 13 août 2013, <http://business.financialpost.com/2013/08/20/sears-canada-layoffs-india/> (consulté le 6 décembre 2013).
- McCormack, John, 2011, « GE Filed 57,000-Page Tax Return, Paid No Taxes on \$14 Billion in Profits », *The Weekly Standard*, 17 novembre 2011, http://www.weeklystandard.com/blogs/ge-filed-57000-page-tax-return-paid-no-taxes-14-billion-profits_609137.html (consulté le 6 décembre 2013).
- McDonald, Michael, 2008, « Income Shifting from Transfer Pricing: Further Evidence from Tax Return Data », *OTA Technical Working Paper 2*, U.S. Department of the Treasury, July 2008.
- McIntyre, Michael J., 1992, « Design of a National Formulary Apportionment Tax System », in 1991 NTA-TIA 84th Proceedings, pp. 118-24.
- McIntyre, Robert S. et Michael J. McIntyre, 1993, « Using NAFTA to Introduce Formulary Apportionment », *Tax Notes International*, April 5, 1993, pp. 851-56.
- McLure, Charles E. Jr., 1983, « The Basic Operational Interdependence Test of a Unitary Business: A Rejoinder », *Tax Notes*, October 10, 1983, p. 99.
- McLure, Charles E. Jr., 1984, « Defining a Unitary Business: An Economist's View », in McLure, Charles E. Jr., éd., *The State Corporation Income Tax. Issues in Worldwide Unitary Combination*, Stanford, pp. 89-124.
- McNair, David, 2010, « Un nouveau contrat social? », *L'Observateur de l'OCDE*, No. 276-277, décembre 2009-janvier 2010, disponible en ligne : http://www.observateurocde.org/news/printpage.php/aid/2624/Un_nouveau_contrat_social_.html; consulté le 6 décembre 2013).
- Mehafdi, Messaoud, 2000, « The Ethics of International Transfer Pricing », *Journal of Business Ethics*, Vol. 28, No. 4, pp. 365-81.

- van der Meer-Kooistra, Jeltje, 1994, « The Coordination of Internal Transactions: The Functioning of Transfer Pricing Systems in the Organizational Context », *Management Accounting Research*, Vol. 5, No. 2, pp. 123-52.
- Milner, Helen, 1992, « International Theories of Cooperation: Strengths and Weaknesses », *World Politics*, Vol. 44, No. 3, pp. 446-96.
- Milton, David R., 1984, « Worldwide Unitary Taxation: A Kaleidoscope of Inconsistencies and Double Taxation », *Journal of State Taxation*, Vol. 3, pp. 15-24.
- Mintz, Jack et Michael Smart, 2004, « Income Shifting, Investment, and Tax Competition: Evidence from Provincial Taxation in Canada », *Journal of Public Economics*, Vol. 88, No. 6, pp. 1149-68.
- Mintzberg, Henry, 1979, *The Structuring of Organizations*, Prentice-Hall, New Jersey.
- von Mises, Ludwig, 1944, *Bureaucracy*, Yale University Press, New Haven.
- March, James G. et Herbert A. Simon, 1958, *Organizations*, Wiley, New York.
- March, James G. et Johan P. Olsen, 1989, *Rediscovering Institutions: the Organizational Basis of Politics*, Free Press, New York.
- March, James G. et Johan P. Olsen, 1998, « The Institutional Dynamics of International Political Orders », *International Organization*, Vol. 52, No. 4, pp. 943-69.
- McCloskey, Donald N., 1983, « The Rhetoric of Economics », *Journal of Economic Literature*, Vol. 21, No. 2, pp. 481-517.
- Michalet, Charles-Albert, 2005, « À la recherche de contrepouvoirs à la mondialisation », in Rioux, Michèle, éd., 2005, pp. 37-55.
- Milke, Mark, 2013, « Corporate Welfare at Industry Canada since John Diefenbaker », *Fraser Research Bulletin*, July 2013, Fraser Institute.

Monnier, Jean-Marie, 2008, « La politique fiscale : objectifs et contraintes », *Cahiers français* #343, Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne, <http://ideas.repec.org/p/hal/cesptp/halshs-00277221.html> (consulté le 6 décembre 2013).

Morgan, Gareth, 1986, *Images de l'organisation*, Presses de l'Université Laval, Québec.

Morgenstern, Oskar et John von Neumann, [1944/1980], *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, Princeton.

Morgenthau, Hans J., 1946, *Scientific man versus power politics*, University of Chicago Press, Chicago.

Mueller, Dennis C., 1989, *Public Choice II. A Revised Edition of Public Choice*, Cambridge University Press, Cambridge.

Mura, Alessandro et Clive R. Emmanuel, 2010, « Transfer Pricing: Early Italian Contribution », *Accounting Business & Financial History*, Vol. 20, No. 3, pp. 365-83.

Musgrave, Richard A., 1959, *The Theory of Public Finance*, McGraw-Hill, New York.

Musgrave, Richard A. et Peggy B. Musgrave, 1973/1984, *Public Finance in Theory and Practice*, McGraw-Hill, New York.

Mutti, John H., 2003, *Foreign Direct Investment and Tax Competition*, Institute for International Economics, Library of Congress, Washington.

Niskanen, William A., 1971, *Bureaucracy and Representative Government*, Rand McNally, Chicago.

Ogley, Adrian, 1993, *The Principles of International Tax: a Multinational Perspective*, Interfisc Pub., London.

Olson, Mancur [1965/1971], *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, Massachusetts, USA.

Ordre des comptables agréés du Canada, *Manuel de l'ICCA*, édition 2014.

- Ougaard, Morten, 2008, « Review Essay: Private Institutions and Business Power in Global Governance », *Global Governance*, Vol. 14, No. 3, pp. 387-403.
- Owens, Elizabeth A., 1963, « United States Income Tax Treaties: Their Role in Relieving Double Taxation », *Rutgers Law Review*, Vol. 17, No. 2, pp. 428-55.
- Parillo, Kristen A., 2011, « Compliance Burden May Multiply Under CCCTB », *Tax Analyst*, March 7, 2011, pp. 726-28.
- Pauly, Louis W., 2002, « Global Finance, Political Authority, and the Problem of Legitimation », in Hall et Biersteker, éds., 2002, pp. 76-90.
- Pearson, Thomas C., 2007, « Proposed International Legal Reforms For Reducing Transfer Pricing Manipulation of Intellectual Property », *Journal of International Law and Politics*, Vol. 40, No. 2, pp. 541-96.
- Penrose, Edith T., 1959, *The Theory of the Growth of the Firm*, Blackwell, Oxford.
- Picciotto, Sol, 1992, *International Business Taxation. A Study in the Internationalization of Business Regulation*, Quorum, New York.
- Pinto, Odette, 2013, « Point de mire : Le régime canadien de la déduction pour l'amortissement (DPA) est-il inutilement complexe? », *CGA-Canada*, avril 2013.
- Pitt, Joseph, 1988, « Introduction » in Pitt, Joseph, éd., 1988, *Theories of Explanation*, Oxford University Press, New York.
- Pollock, Ian, 2012, « Corporation Tax : Easy for Multinationals to Avoid? », BBC News, 5 April 2012, <http://www.bbc.co.uk/news/business-17625874> (consulté le 6 décembre 2013).
- Popper, Karl R., 1960, « On the Sources of Knowledge and of Ignorance », *Proceedings of the British Academy*, Vol. 46, in Popper, Karl R., 1962, *Conjectures and Refutation : The Growth of Scientific Knowledge*, Basic Books Publishers, Londres, pp. 3-30.
- Porter, Tony et Michael C. Webb, 2004, « The Role of the OECD in the Orchestration of Global Knowledge Networks », *Paper Presented at the Annual Meeting of the International Studies Association*, 17-20 March 2004, Montréal.

- Radio-Canada, 2013, « Les entreprises doivent payer leur juste part, dit l'OCDE » 12 février 2013, <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/Economie/2013/02/12/008-ocde-transfert-benefices.shtml> (consulté le 6 décembre 2013).
- Remaud, Olivier, Jean-Frédéric Schaub et Isabelle Thireau, 2012, « Pas de réflexivité sans comparaison », in Remaud, Olivier, Jean-Frédéric Schaub et Isabelle Thireau, eds., 2012, *Faire des sciences sociales. Comparer*. Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, France, pp. 13-20.
- Rioux, Michèle, éd., 2005, *Globalisation et pouvoir des entreprises*, Centre Études internationales et Mondialisation, Athéna éditions, Montréal.
- Rioux, Michèle, 2005, « Introduction. La gouvernance globale. Les défis institutionnels de la globalisation », in Rioux, Michèle, éd., 2005, pp. 7-36.
- Risse-Kappen, Thomas, éd., 1995, *Bringing Transnational Relations Back In: Non-State Actors, Domestic Structures, and International Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Roin, Julie, 2001, « Competition and Evasion: Another Perspective on International Tax Competition », *The Georgetown Law Journal*, Vol. 89, No. 3, pp. 543-604.
- Rosenau, James N., 1992, « Governance, Order, and Change in World Politics », in Czempiel, Ernst-Otto et James N. Rosenau, eds., 1992, *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 1-29.
- Rugman, Alan M., 2010, « Reconciling Internalization Theory and the Eclectic Paradigm », *Multinational Business Review*, Vol. 18, No. 1, pp. 1-12.
- Runkel, Marco et Guttorm Schjelderup, 2007, « The Choice of Apportionment Factors Under Formula Apportionment », *CESifo Working Paper No. 2072*.
- Saari, Donald, 1995, « Mathematical Complexity of Simple Economics », *Notices of the American Mathematical Society*, Vol. 42, No. 2, pp. 222-31.

- Sabatier, Paul A. et Hank C. Jenkins-Smith, 1993, *Policy Change and Learning. An Advocacy Coalition Approach*, Westview Press, Boulder.
- Sadiq, Kerrie, 2004, « The Traditional Rationale of the Arm's Length Approach to Transfer Pricing –Should the Separate Accounting Model Be Maintained for Modern Multinational Entities? », *Journal of Australian Taxation*, Vol. 7, No. 2, pp. 196-250.
- Sassen, Saskia, 2002, « The State and Globalization », in Hall et Biersteker, éd., 2002, pp. 91-112.
- Schaafsma, Joseph, 1992, « Forward Shifting of the Personal Income Tax by Self-Employed Canadian Dentists », *The Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'Economique*, Vol. 25, No. 3, pp. 636-51.
- Scitovszky, T., 1943, « A Note on Profit Maximisation and its Implications », *The Review of Economic Studies*, Vol. 11, No. 1, pp. 57-60.
- Selznick, Philip, 1996, « Institutionalism "Old" and "New" », *Administrative Science Quarterly*, Vol. 41, No. 2, pp. 270-77.
- Shackelford, Douglas et Joel Slemrod, 1998, « The Revenue Consequences of Using Formula Apportionment to Calculate U.S. and Foreign Source Income: A Firm Level Analysis », *International Tax and Public Finance*, Vol. 5, No. 1, pp. 41-57.
- Sherman, David M. (rédacteur des notes), 2012, *Loi du praticien. Loi de l'impôt sur le revenu 2012*, 26^e édition, Carswell (Thomson Reuters Canada), Toronto
- Sikka, Prem, 2009, « Shifting Profits Across Borders », *The Guardian*, 12 février 2009, <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2009/feb/11/taxavoidance-tax> (consulté le 6 décembre 2013).
- Sikka, Prem et Hugh Willmott, 2010, « The Dark Side of Transfer Pricing: its Role in Tax Avoidance and Wealth Retentiveness », *Critical Perspectives on Accounting*, Vol. 21, No. 4, pp. 342-56.
- Simeon, Richard, 1976, « Studying Public Policy », *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, Vol. 9, No. 4, pp. 548-80.

- Simmons, Richard S., 2006, « Does Recent Empirical Evidence Support the Existence of International Corporate Tax Competition? », *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, Vol. 15, No. 1, pp. 16-31.
- Singhal, Tarunkumar G. et Anil D. Doshi, 2010, « Taxation of Management Fees », *Asia-Pacific Tax Bulletin*, November/December 2010, pp. 465-72.
- Sorensen, Peter Birch, 2004, « Company Tax Reform in the European Union », *International Tax and Public Finance*, Vol. 11, No. 1, pp. 91-115.
- Spencer, Byron G., 1969, « The Shifting of the Corporation Income Tax in Canada », *The Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'Economie*, Vol. 2, No. 1, pp. 21-34.
- Spengel, Christoph, Andreas Oestreicher, Christina Elschner, Timo Reister, Christof Ernst, Michael Grünewald, Katharina Finke, Jens Prassel et Lina Cui, 2008, *Study on the Impact of Reforms of Corporate Income Taxation Systems at the EU Level on the Size of the Tax Bases of the EU Companies, Using the Model "European Tax Analyzer"*, Project for the EU Commission, TAXUD/2007/DE/325, Centre for European Economic Research (ZEW), Mannheim et Göttingen.
- Spicer, Barry H., 1988, « Towards an Organizational Theory of the Transfer Pricing Process », *Accounting, Organizations and Society*, Vol. 13, No. 3, pp. 303-22.
- Steinmo, Sven, 1994, « The End of Redistribution? International Pressures and Domestic Tax Policy Choices », *Challenge*, November-December 1994, pp. 9-17.
- Stopford, John M., Susan Strange et John S. Henley, 1991, *Rival States, Rival Firms Competition for World Market Shares*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Strange, Susan, 1988, *States and markets*, Pinter, London.
- Strauss, Leo, 1957, « What is Political Philosophy? The Problem of Political Philosophy », *The Journal of Politics*, Vol. 19, No. 3, pp. 343-68.
- Sunley, Emil M., 2002, « The Pros and Cons of Formulary Apportionment », *CESifo Forum* 1/2002, pp. 36-37.

- Swank, Duane, 1998, « Funding the Welfare State: Globalization and the Taxation of Business in Advanced Market Economies », *Political Studies*, Vol. 46, No. 4, pp. 671-92.
- Swieringa, Robert J. et John H. Waterhouse, 1982, « Organizational Views of Transfer Pricing », *Accounting, Organizations and Society*, Vol. 7, No. 1, pp. 149-65.
- Tanzi, Vito, 1999, « Is There a Need for a World Tax Organization? », in Razin, Assaf, et Efraim Sadka, éd., 1999, *The Economics of Globalization. Policy Perspectives from Public Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 173-86.
- Tanzi, Vito, 2000, « Globalization, Technological Developments, and the Work of Fiscal Termites », *IMF Working Paper*, November 2000.
- The Economist, « Global Companies Have Plenty of Latitude to Minimise their Tax bills », 24 February 2007, <http://www.economist.com/node/8695175> (consulté le 6 décembre 2013).
- Tremblay, Pierre P., 1998, *La politique fiscale à la recherche du compromis*, Presses de l'Université du Québec, Sainte-Foy.
- Tribe, Laurence H., 1972, « Policy Science: Analysis or Ideology? », *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 2, No. 1, pp. 66-110.
- Ullmo, Jean, 1969, *La pensée scientifique moderne*, Flammarion, Paris.
- Vailles, Francis, 2013, « Le banquier suisse, la chambre d'hôtel et le fisc », La Presse, 5 avril 2013, http://affaires.lapresse.ca/opinions/chroniques/francis-vailles/201304/05/01-4637795-le-banquier-suisse-la-chambre-dhotel-et-le-fisc.php?utm_categorieinterne=trafficdrivers&utm_contenuinterne=cyberpresse_B40_chroniques_379112_accueil_POS1 (consulté le 6 décembre 2013).
- Vernon, Raymond, 1971, *Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of U.S. Enterprises*, Basic Books, New York.
- Vincent, François, 2008, *Transfer Pricing in Canada*, Thomson Carswell, Toronto, Canada

- Warwick, Donald P. et Samuel Osherson, 1973, « Comparative Analysis in the Social Science », in Warwick, Donald P. et Samuel Osherson, éd., 1973, *Comparative Research Methods*, Prentice-Hall, Englewoods Cliffs, New Jersey, pp. 3-41.
- Watson, David J.H. et John V. Baumler, 1975, « Transfer Pricing: A Behavioral Context », *Accounting Review*, July 1975, pp. 466-74
- Webb, Michael C., 2004, « Defining the Boundaries of Legitimate State Practice. Norms, Transnational Actors and the OECD's Project on Harmful Tax Competition », *Review of International Political Economy*, Vol. 11, No. 4, pp. 787-827.
- Webber, Carolyn et Aaron Wildavsky, 1986, *A History of Taxation and Expenditure in the Western World*, Simon and Schuster, New York.
- Weiss, Linda, 1999, « Globalization and National Governance: Antinomy or Interdependence? », *Review of International Studies*, Vol. 25, (Special Issue), December, pp. 59-88.
- Weiner, Joann M., 1999, « Using the Experience in the U.S. States to Evaluate Issues in Implementing Formula Apportionment at the International Level », *OTA Paper 83*, Washington, DC: Department of the Treasury, Office of Tax Analysis, April 1999.
- Wells, Paul, 1955, « General Equilibrium Analysis of Excise Taxes », *American Economic Review*, Vol. 45, No. 3, pp. 345-59.
- Wickham, Dale W. et Charles J. Kerester, 1992, « New Directions Needed for Solution of the Transfer-Pricing Tax Puzzle », *Tax Notes International*, Vol. 5, August 24, 1992, pp. 399-425.
- Wilkie, Scott J., 2009, « Canada's Place in the Contemporary Transfer Pricing World », *Bulletin for International Taxation*, August/September, pp. 395-404.
- Wilkins, William J. et Kenneth W. Gideon, 1994, « Memorandum to Congress: You Wouldn't Like Worldwide Formula Apportionment », *Tax Notes*, December 5, 1994, pp. 1259-65.
- Williamson, Oliver E., 1964, *The Economics of Discretionary Behavior: Managerial Objectives in a Theory of the Firm*, Prentice-Hall, New Jersey.

- Williamson, Oliver E., 1985, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, Free Press, New York.
- Wilson, John Douglas, 1999, « Theories of Tax Competition », *National Tax Journal*, June 1999, pp. 269–301.
- Wilson, John Douglas et Eckhard Janeba, 2005, « Decentralization and International Tax Competition », *Journal of Public Economics*, Vol. 89, No. 7, pp. 1211-29.
- Winch, Peter, 1958/1990, *L'idée d'une science sociale et sa relation à la philosophie*, (Traduction de Michel Le Du), Éditions Gallimard, 1990.
- Wittendorff, Jens, 2010, « The Object of Art. 9(1) of the OECD Model Convention: Commercial of Financial Relations », *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2010, pp. 200-12.
- Young, Oran R., 1989, *International Cooperation*, Cornell University Press, Ithaca.
- Zou, Roy et Shane McNamara, 2010, « The End of an Era? China Clarifies its Intent to Subject Offshore Certain Indirect Equity Transfers of Chinese Companies to Income Taxation », *Hogan & Hartson LLP*, February 4, 2010, <http://m.hoganlovells.com/files/Publication/77bfl82b-70a4-422d-bd4c-d3d49699bf14/Presentation/PublicationAttachment/7c9719b9-7309-4fe6-a386-00200f82617c/20100204-chinaupdate%20special.pdf> (consulté le 6 décembre 2013).
- Zumbansen, Peer, 2004, « Sustaining Paradox Boundaries: Perspectives on Internal Affairs in Domestic and International Law », *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 1, pp. 197-211.

Publications gouvernementales

- Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*, [Commission Carter] 6 volumes, Ottawa, 1966, disponible en ligne à <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/carter1966-fra/carter1966-fra.htm> (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Agence du revenu du Canada, 27 septembre 1999, *IC 87-2R - Prix de transfert international*, disponible en ligne à <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tp/ic87-2r/ic87-2r-f.html> (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Agence du revenu du Canada, 16 mars 2001, *IC94-4R Prix de transfert international: Arrangement préalable en matière de prix de transfert (APP)*, disponible en ligne à <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tp/ic94-4r/ic94-4r-f.html> (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Agence du revenu du Canada, 31 octobre 2003, *IT-533 Déductibilité de l'intérêt et questions connexes*, disponible en ligne à <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tp/it533/it533-f.html> (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Agence du revenu du Canada, 2004, *CCRA APA Program Report 2003-2004*, Ottawa, in Vincent (2008), pp. 761-82.

Canada, Agence du revenu du Canada, 2 novembre 2007, *IC76-12R6 Taux applicable de l'impôt de la partie XIII sur les sommes payées ou créditées aux personnes résidant dans des pays ayant conclu une convention fiscale avec le Canada*, disponible en ligne à <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tp/ic76-12r6/LISEZ-MOI.html> (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Agence du revenu du Canada, 2010, *Advance Pricing Arrangement Program Report 2009-2010*, Ottawa, disponible en ligne à http://www.cra-arc.gc.ca/tx/nrdsnts/cmp/p_rprt10-eng.pdf (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Agence du revenu du Canada, 2010, *Rapport final – Cadre de la planification fiscale internationale abusive*, Direction générale de la vérification et de l'évaluation de l'entreprise, juin 2010, Ottawa, disponible en ligne à <http://www.cra-arc.gc.ca/gncy/ntrnl/2010/aitpf-fra.html> (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Agence du revenu du Canada, 2012, *Advance Pricing Arrangement Program Report 2011-2012*, Ottawa, disponible en ligne à http://www.cra-arc.gc.ca/tx/nrdsnts/cmp/p_rprt12-eng.html (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Agence du revenu du Canada, 2012, *Rapport ministériel sur le rendement (RPP) 2010-2011*, Ottawa, disponible en ligne à <http://www.tbs-sct.gc.ca/dpr-rmr/2010-2011/index-fra.asp?acr=1835> (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Agence du revenu du Canada, 28 décembre 2012, *T4130 Guide de l'employeur - Avantages et allocations imposables*, disponible en ligne à <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tg/t4130/t4130-f.html> (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Agence du revenu du Canada, 28 août 2013, *RC 4110 Employé ou travailleur indépendant*, disponible en ligne à <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tg/rc4110/rc4110-f.html> (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Agence du revenu du Canada, 2013, « Déclarer le revenu d'une société de personnes », 27 novembre 2013, disponible en ligne à <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/bsnss/tpcs/slprtnr/prtnrshp/rprtng-fra.html> (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale, 2008, « L'administration des règles canadiennes de prix de transfert : Enjeux et recommandations », *Rapport du sous-comité sur les prix de transfert préparé pour le Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale*, août 2008, disponible en ligne à <http://www.apcsit-gcrcfi.ca/06/index-fra.html> (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Ministère des Finances, 2007, « L'évitement fiscal international et les « paradis fiscaux » », *Communiqué 2007-041*, 2007, Ottawa, disponible en ligne à http://www.fin.gc.ca/n07/data/07-041_2-fra.asp (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Ministère des finances du Canada, 2010, « Le gouvernement du Canada annonce des modifications aux règles sur les fiducies de placement immobilier », *Communiqué 2010-125*, 16 décembre 2010, Ottawa, disponible en ligne à <http://www.fin.gc.ca/n10/10-125-fra.asp> (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Ministère des Finances, 2011, « Le gouvernement du Canada publie un projet de règles concernant les sociétés étrangères affiliées », *Communiqué 2011-070*, 19 août 2011, Ottawa, disponible en ligne à <http://www.fin.gc.ca/n11/11-070-fra.asp> (consulté le 6 décembre 2013).

Canada, Ministère des Finances, 2012, *Dépenses fiscales et évaluations 2011*, Ottawa.

Canada, Ministère des Finances, 2013, « Document de consultation sur le chalandage fiscal – Le problème et les solutions possibles », *Communiqué 2013-102*, 12 août 2013, Ottawa, disponible en ligne à <http://www.fin.gc.ca/activty/consult/ts-cf-fra.asp#a1> (consulté le 6 décembre 2013).

Chine, State Administration of Taxation, 2009, *China Advance Pricing Arrangement - Annual Report (2009)*, disponible en ligne à <http://www.chinatax.gov.cn/n8136506/n8136608/n9947993/n9948014/n10517889.files/n10518029.pdf> (consulté le 6 décembre 2013).

Commission européenne, 1992, *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, Ruding Committee, Bruxelles.

Commission européenne, 2001, *La fiscalité des entreprises dans le marché intérieur*, SEC (2001) 1681 final, Bruxelles.

Commission européenne, 2004, « Commission Non-Paper to informal Ecofin Council, 10 and 11 September 2004 », *A Common Consolidated EU Corporate Tax Base*, 7 juillet 2004.

Commission européenne, 2005a, *Proposition de code de conduite relatif à la documentation des prix de transfert pour les entreprises associées au sein de l'UE*, 7 novembre 2005, COM(2005) 543 final, Bruxelles.

Commission européenne, 2005b, *Rapport sur les activités du forum conjoint de l'UE sur les prix de transfert dans le domaine des exigences en matière de documentation*, COM(2005) 543 final, 11 novembre 2005, Bruxelles.

Commission européenne 2007a, « ACCIS : ébauche d'un cadre technique, Groupe de travail sur l'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (GT ACCIS) », *Document de travail ACCIS/WP057\doc\fr (Orig. EN)*, Réunion des jeudi 27 et vendredi 28 septembre 2007, Bruxelles.

Commission européenne 2007b, « ACCIS : ébauche d'un mécanisme de répartition », Groupe de travail sur une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (GT ACCIS), *Document de travail CCCTB/WP060\doc\fr Orig. EN*, Réunion des 10, 11 et 12 décembre 2007, Bruxelles.

Commission européenne 2007c, « ACCIS: ébauche d'un cadre administratif », Groupe de travail sur une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (GT ACCIS), *Document de travail ACCIS/WP061\doc\fr Orig. EN*, Réunion des 10, 11 et 12 décembre 2007, Bruxelles.

Commission européenne, 2011a, *Proposition de directive du conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS)*, COM(2011) 121/4, SEC(2011) 315/316, Bruxelles.

Commission européenne, 2011b, *Impact Assessment Accompanying Document to the Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Commission Staff Working Document, SEC(2011) 315/2, Bruxelles.

Commission européenne, 2011c, *Résumé de l'analyse d'impact accompagnant la proposition de directive du conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS)*, {COM(2011) 121}, SEC(2011) 316, Bruxelles.

États-Unis, *Titre 26 - Internal Revenue Code (IRC)*, disponible en ligne à <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/26> (consulté le 6 décembre 2013).

États-Unis, United States Internal Revenue Code, *U.S. Intercompany Transfer Pricing Regulations*, Section 482 of the United States I.R.C.

États-Unis, IRS, 1988, *A Study of Intercompany Pricing under Section 482 of the Code Notice 88-123*, 1988-2 CB 458, IRC Sec(s). 482.

États-Unis, IRS, 2010, Joint Committee on Taxation, 2010, *Present Law and Background Related to Possible Income Shifting and Transfer Pricing* (JCX-37-10).

États-Unis, IRS, 2011, Joint Committee on Taxation, 2011, *Present Law and Issues in U.S. Taxation of Cross-Border Income* (JCX-42-11).

États-Unis, U.S. Department of the Treasury, 2007, *Report to the Congress on Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties*, November 2007.

États-Unis, United States Government Accountability Office, 2008, *U.S. Multinational Corporations, Effective Tax Rates Are Correlated with Where Income Is Reported*, Report to the Committee on Finance, U.S. Senate, August, 2008.

International Monetary Fund, 1996, *Tax Law Design and Drafting*.

OCDE, 1963, *OECD Draft Double Taxation Convention on Income and Capital (1963)*.

OCDE, 1986, *Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*.

OCDE, 1998, *Concurrence fiscale dommageable. Un problème mondial*.

OCDE, 1998, *Tax Sparing- A Reconsideration*.

OCDE, 2002, *Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale*.

OCDE, 2005, *E-commerce : Transfer Pricing and Business Profits Taxation*, OECD Tax Policy Studies, No. 10.

OCDE 2008, *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*, 17 Juillet 2008.

OCDE, 2009, [1963/1977/2000/2009], *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*.

OCDE, 2010, [1979/1995/2008/2010], *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*.

OCDE, 2013a, *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, 12 février 2013.

OCDE, 2013b, « L'OCDE plaide en faveur d'une intensification de la coopération internationale concernant la fiscalité des entreprises », 12 février 2013, disponible en ligne à <http://www.oecd.org/fr/presse/locde-plaide-en-faveur-dune-intensification-de-la-cooperation-internationale-concernant-la-fiscalite-des-entreprises.htm> (consulté le 6 décembre 2013).

OCDE, 2013c, *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, 19 juillet 2013.

OCDE, 2013d, *Centre de politique et d'administration fiscales - Questions fréquemment posées sur BEPS*, disponible en ligne à <http://www.oecd.org/fr/ctp/questionsfrequemmentposees.htm> (consulté le 6 décembre 2013).

OCDE, 2013e, « R(5). Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés écran », in *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2010 : Version complète*, Éditions OCDE.

OCDE, 2013f, « R(6). Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés relais », in *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2010 : Version complète*, Éditions OCDE.

OCDE, 2014, *Économies interconnectées: Comment tirer parti des chaînes de valeur mondiales*, Éditions OCDE.

Québec, Agence du revenu du Québec, 30 octobre 1998, *RRQ 1-1/R2 Statut d'un travailleur*, disponible en ligne à <http://www3.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/produits/fiscalite/bulletins/impot/resultat/bulletins.fr.html?prefix=RRQ&fr=oui&mytype=BulletinLoiImpot&infoNodeId=/pubqc/produits/fiscalite/bulletins/impot/chapitres/chapitre9/texte2000> (consulté le 6 décembre 2013).

Québec, Agence du revenu du Québec, octobre 2012, *IN-253 Avantages imposables*, disponible en ligne à <http://www.revenuquebec.ca/fr/sepf/publications/in/in-253.aspx> (consulté le 6 décembre 2013).

Québec, Agence du revenu du Québec, 2013, *IN-301 Travailleur autonome ou salarié*, disponible en ligne à <http://www.revenuquebec.ca/fr/sepf/publications/in/in-301.aspx> (consulté le 6 décembre 2013).

Québec, Agence du revenu du Québec, janvier 2013, *TP-1015.G Guide de l'employeur – Retenues à la source et cotisation*, disponible en ligne à http://www.revenuquebec.ca/fr/sepf/formulaires/tp/tp-1015_g.aspx (consulté le 6 décembre 2013).

Québec, Autorité des marchés financiers, « Que faut-il savoir avant d'investir par l'entremise d'une fiducie de placement immobilier (FPI)? », disponible en ligne à <http://www.lautorite.qc.ca/fr/fpi.html> (consulté le 6 décembre 2013).

United Nations Secretariat, 2001, « Transfer Pricing History « State of the Art » Perspectives », *Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Tenth meeting, Geneva, 10 - 14 September 2001*.

United Nations, 2012, *United Nations Model Convention*.

Jurisprudences citées

9101-2310 Québec Inc. c. La Reine, 2012 CCI 365.

Anchor Pointe Energy Ltd. c. La Reine, 2003 CAF 294.

Bronfman Trust c. Canada, [1987] 1 CTC 117, 1987 DTC 5059 (CSC).

Canada c. Capital Générale Électrique du Canada Inc., 2009 CCI 563.

Canada c. Capital Générale Électrique du Canada Inc., 2010 CAF 344.

Canada c. Lenester Sales Ltd., 2004 CAF 217.

Canada c. GlaxoSmithKline, 2012 CSC 52, [2012] 3 SCR 3.

Canderel Ltée c. Canada, [1998] 1 RCS 147.

Gauthier c. Agence du revenu du Québec, 2012 QCCQ 2563.

GlaxoSmithKline Inc. c. La Reine, 2008 CCI 324.

GlaxoSmithKline Inc. v. Canada, 2010, CAF 201.

Her Majesty the Queen v. Irving Oil Limited, 91 DTC 5106.

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 RCS 601.

Irving Oil Limited v. Her Majesty The Queen, 88 DTC 6138.

Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster [1936], AC 1, [1935] All ER Rep 259, 51 TLR 467, 19 TC 490.

J. Hofert Limited v. Minister of National Revenue, 62 DTC.

Lenester Sales Ltd. c. La Reine, 2003 CCI 531.

ITO Mumbai v. Zydus Atlanta Healthcare.

Partington v Attorney-General (1869) L.R. 4 E. & I. App. 100.

R. c. Jarvis, 3 R.C.S. 757, 2002 CSC 73.

Serdia Pharmaceuticals (India) v. Assistant Commissioner of Income Tax (ACIT).

Shell Canada Ltée c. Canada, 1999 3 R.C.S. 622.

Singleton c. Canada, [2002] 1 CTC 121, 2001 DTC 5533 (CSC).

UCB India v. Assistant Commissioner of Income Tax (ACIT).